



TITLE:

# 立法権委任禁止法理の現代的意義 ーアメリカの判例を素材にした分析ー (Dissertation\_全文)

AUTHOR(S):

李, 惠珍

---

CITATION:

李, 惠珍. 立法権委任禁止法理の現代的意義ーアメリカの判例を素材にした分析ー. 京都大学, 2013, 博士(法学)

ISSUE DATE:

2013-09-24

URL:

<https://doi.org/10.14989/doctor.k17846>

RIGHT:

許諾条件により要旨・本文は2014-04-01に公開

京都大学学位論文(博士)

# 立法権委任禁止法理の現代的意義

・ アメリカの判例を素材にした分析 ・

指導教授 高木 光

2013年9月

京都大学大学院法学研究科

法政理論専攻

李 惠 珍

# 立法権委任禁止法理の現代的意義

— アメリカの判例を素材にした分析 —

法政理論専攻博士後期課程

李 惠珍

目次	2
I. はじめに	4
1. 研究の意義	4
2. 本稿の構成	4
3. 用語・訳語整理及び前注	5
II. 立法権委任に関する議論と事例	7
1. 委任立法禁止法理	7
(1) 委任立法禁止法理の意義	7
(2) 委任立法禁止法理の正当化	8
1) 法理論上の正当化	8
2) 政治理論上の正当化	9
(3) 立法権委任禁止の司法統制の歴史	11
2. 判例の紹介	13
(1) <b>American Trucking Associations v. EPA</b>	13
1) ATA 判決の事実関係及び判断	13
2) ATA 判決の主要な内容	14
① Williams 裁判官の多数意見	14
② Tatel 裁判官の反対意見	15
3) ATA 判決に対する主要な批評	15
① 多数意見に対する肯定	15
② 多数意見に対する批判	16
(2) <b>Whitman v. American Trucking Associations, Inc.</b>	16
1) Whitman 判決の経過及び判旨	16
2) Whitman 判決の要旨	17
① Scalia 裁判官の多数意見	17
② Thomas 裁判官の補足意見	18
③ Stevens 裁判官の補足意見	18
(3) <b>Whitman 判決の評価及び ATA 判決との比較</b>	18
1) Whitman 判決の多数意見と ATA 判決との比較	18
2) Whitman 判決の補足意見に対する評価	20
3. 判例の意義	21
(1) 新委任禁止法理	21
1) 概念の整理	21
2) 議論の展開	21
① 新委任禁止法理の発端	21
② 新委任禁止法理の賛成論と反対論	22
(2) 立法権委任禁止議論の行方 - 憲法から行政法へ -	23

III. 委任立法禁止法理の行政国家における意義 .....	25
1. 行政立法と委任の内容 [実体的デュー・プロセス] .....	26
(1) 明確性原則 .....	26
1) 「本質的な機能」の意味 .....	27
2) 明確性原則の内容 .....	29
(2) 議会の意図とフィクション .....	29
1) 議会の意図 - 委任法理と Chevron 法理の比較 - .....	29
2) 議会の意図というリーガル・フィクション .....	31
① 最高裁の推定 .....	31
② 最高裁の推定に対する批判 - リーガル・フィクション - .....	31
③ リーガル・フィクションというフィクション .....	32
④ 規範的存在としてのフィクション .....	33
(3) まとめ .....	33
2. 行政立法と解釈主体 [構造的デュー・プロセス] .....	34
(1) 制度転回と制度適性 .....	34
1) 制度論と制度適性 .....	34
2) 制度転回 .....	35
(2) 制度適性と謙譲の関係 .....	37
(3) 解釈方法論と制度転回 .....	38
1) 法解釈方法 .....	38
2) 部門における解釈 .....	40
(4) 制度論的アプローチの限界 .....	41
1) 制度適性の不安定性 .....	41
2) 法システム価値 .....	43
3) 例外事例と法システム価値 .....	43
3. 行政立法の形式・手続 [手続的デュー・プロセス] .....	45
(1) 熟議民主主義と Hard Look 審査 .....	46
1) 政治統制モデルと熟議民主主義 .....	46
2) Hard Look 審査と熟議プロセス .....	47
(2) 規則制定手続と委任の関係 .....	50
1) アメリカの規則制定手続 .....	50
2) Mead 判決と委任 .....	51
3) Chenery 判決と委任 .....	52
(3) 手続化の限界及び本章のまとめ .....	53
IV. 行政立法に対する司法統制の方法 .....	55
1. 行政機関への差戻し .....	55
(1) 裁判上の実務 .....	55
(2) 差戻しの意味 .....	55
2. 行政手続の強化による解釈アプローチ .....	56
(1) 行政法の特徴と解釈アプローチ (行政国家における目的主義解釈) .....	56
(2) 委任尊重解釈アプローチ (Delegation-Respecting Theory) .....	58
V. 終わりに .....	61

## I. はじめに

### 1. 研究の意義

アメリカで条文上の不確定法概念に対してその解釈の適任者は誰であるのかを問うことは、いまや行政法においてかなりオーソドックスなテーマになった。権力分立に始まる法解釈に関しては司法府が専権を持っているという憲法原理と、あらゆる立法権は議会に与えられるとしている憲法原理は、社会が現代化するにつれどんどん複雑となったことや、科学技術の発達によって環境・安全・労働・衛生のような専門分野における行政規制とその具体化が不可欠になったことで再検討が求められるようになったのである。

このような行政立法とその解釈において重要な役割を託されるのは科学技術なのか、形式的な概念法学なのか、それとも政治部門での意見調整であるのか。本稿で分析している *American Trucking Ass'ns v. EPA*, 175 F3d 1027 (D.C. Cir 1999)(以下、ATA)判決とその上告審判決である *Whitman v. American Trucking Ass'ns* 531 U.S.457 (2001)(以下、Whitman)判決のように、科学的・技術的判断が基礎になる事案であっても、その意思決定を行う場合には政策的・政治的判断が入ることが多く、その合理性と正当性を評価することには従前の司法の能力のみでは力不足になってきたことを素直に認めると、司法府が法解釈の専権を握っているという前提は再考を要する。このような状況を前にして「社会通念」を法的議論において用いることは特効薬となり得るが、それについても今や、的確に説明され、人々を納得させることが出来なければ、その信頼を失ってしまう。このように行政国家における法解釈の客観性と公正性をいかに確保できるかが本稿の問題意識である。

本稿でこのような問題意識に答えるため里程標にしているのはアメリカの「立法権委任禁止法理」である。大陸法系列の国では裁量と不確定法概念の区別やそれに対する司法統制を中心に議論されているが、アメリカでは不確定法概念が議会の解釈委任の意図の問題として考えられている。そして、その委任された解釈の主導権が行政と司法のどちらに置かれるのが適切であるのかという民主的正当性、専門性、責任性のような制度適性の問題として扱われる。つまり、憲法上委任が禁止されている議会の立法権の行使を他部門が主張する中で行われる正当化過程そのものが不確定法概念に対する解釈権限の正当化になる。このようなアメリカにおける議論を念頭に置き、本論文の主な素材としては立法権委任禁止法理に戻って、それに係る議論を展開する事にしたい。本稿の構成は次の通りである。

### 2. 本稿の構成

序論としての本章に続く第Ⅱ章では、アメリカでの司法部による委任立法の統制について論考を進める中で必要な前提となる議論を簡単に整理した上で、委任立法の違憲性が問題となった判例としてATA判決と、その上告審判決であるWhitman判決を紹介し、後者の判決における裁判官の判断やアメリカの国内で行われた多様な議論を考察する。Whitman判決はいわゆる新委任立法禁止法理と称されるATA判決の委任統制理論に対して連邦最高裁が明確にその拒絶の見解を明かしたものである。なお、合衆国最高裁によって定されたものの、依然として委任禁止法理が持っている意義はいかなるものかについて一考を加える。

第Ⅲ章では委任禁止原則が現代の行政国家でいかなる意味を与えられるのかについて考察する。まず、委任法理と実体的デュー・プロセスとの関係として行政立法と委任の内容を、構造的デュー・プロセスとの関係として行政立法と解釈主体の問題を、最後に手続的デュー・プロセスとして行政立法の形式・手続と委任との関係を考察することにする。そもそも議論の前提となっている不明確な法文言そのものに立法権の委任という議会の意図が潜んでいると見なすこと自体がフィクションではないかという問題提起に対する議論や、裁判官は規制行政の適切な解釈者であるのか、そして行政の意思決定に対する司法部の敬讓は行政の恣意性を統制するという委任法理とどう両立するのかを「制度の適性」を使って検討することにする。

第IV章ではこのような委任禁止法理に関する議論が憲法から行政法の解釈問題へ移されるようになったことを踏まえて、司法統制の手段はその変化に沿ってどう行われているのかを見るために、控訴裁判所で使われている行政機関への取消を行わない差戻しの慣行と、解釈の分担についてのいくつかの提案を考察することにする。

第V章では以上に見て来た内容から得られる示唆をまとめ、終わりにする。

### 3. 用語・訳語の整理及び前注

#### 用語・訳語の整理

- **Regulation** : アメリカ行政法では行政立法に該当するruleを作る規制行為を意味する事もあれば行政立法作用を経て作られた行政法令そのものを意味する事もある。従って、行政立法と行政規制の両者を共に包括する意味として使うことにする。本文では文脈に合わせて、規則・規制規則と表記した。
- **Rules and Regulations, Regulation Rule** は文脈に合わせて「法規・行政規則」と訳した。
- **Reasoning, Reasoned-decision making** : 論証、推論、理由、理由付記、合理化、説明等で翻訳できるが、本稿では文脈によって使い分けている。
- **Textualism** : 論者によってその訳語が条文主義・文理主義・原文主義・文言主義等、様々な表記で現れている。本稿で**Textualism**は公共選択理論に応じてリニューアルされたいわゆる**New Textualism**のことを言う。その最大の特徴は条文へのこだわりと言うより、立法史参照の否定にあるので、文理主義・文言主義どちらを使っても差し支えはないと思われるが、ここでは文言主義にする。
- 統一性のために人名を始め固有名詞は英語の表記そのままにする。
- **行政国家** : 本稿では「行政官僚組織が社会に対して広くて深い働きかけをするようになった状態を指す。国によって規制国家・福祉国家・給付国家・積極国家・社会国家等の表現が用いられるが、それらすべてを包含する意味で、本稿では「行政国家」という言葉を用いる。」という中川丈久教授の用語法によることにする<sup>1</sup>。ただし、これらの国家モデルはその表現上の相違だけでなく、その概念の背景や実現方法等で区別されるが、本稿においてはその概念上の違いが重要な論点ではないので、すべて類似している傾向を意味すると想定し、引用原文に従って訳語を表記する。
- **行政機関** : 本稿における行政機関は独立行政機関と執行府所属の行政機関とに分けられるが、その区別を特にしている部分を除いてはまとめて称することにする。

#### 前注

- 本研究は現時点のアメリカにおける教科書で委任立法を説明している部分の最後を飾っているATA判決とWhitman判決を具体的に分析しているが、その批評家の1人であるLisa Schultz Bressman教授の一連の研究は筆者の研究関心と多く共通するところがあり、論文の展開に多くの影響を受けた。ただし、本論文執筆者はアメリカ行政法学界の事情に詳しくないので彼女の研究業績がアメリカの行政法学においてどう位置づけられているのかについてまでは分かっていない。論文の後半で扱っているKevin M. Stack教授は同じ大学の同僚であることも

---

<sup>1</sup> 中川丈久「議会と行政」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想I 行政法の基礎理論』（有斐閣、2011）116頁、註1。

あり<sup>2</sup>、本研究の方向が偏っている可能性を否めないが、彼らの研究に対する反論とその評価は今後の課題として残さざるを得ない。

- ・ 本論文執筆者はアメリカ行政法を理解するためにPeter L.Strauss教授の *Administrative Justice in the United States* [2<sup>nd</sup> ed.] Carolina Academic Press, (2002)を主たる参考書として用いた。政府構造と部門関係の観点から著述され、本研究の観点では多く参考になった。アメリカの委任法理に関してわが国で概括的な先行研究を残している駒村圭吾教授もStrauss教授の権力分立論に拠っていることを明かしている<sup>3</sup>。
- ・ 本研究はアメリカ行政法を主たる考察対象にしているが、比較研究が適切であると思われる場合にはドイツでの議論も紹介している。アメリカの論文や日本国内の議論に頼っているので皮相なものに過ぎないおそれは否定できないが、このような作業は大陸法系の影響を多く受けた日本と韓国において間接的にはあるが、本稿の理解に役立つと思われる。
- ・ 最後に、日本における指導教授、芝池義一先生と高木光先生、韓国の恩師である千柄泰先生に尊敬と感謝を伝えて置きたい。

---

<sup>2</sup> 共著として、The Regulatory State, Lisa Schultz Bressman & Edward L.Rubin & Kevin M.Stack, Aspen Publishers (2010).

<sup>3</sup> 駒村圭吾「権力分立論の諸相と総合——アメリカ合衆国における論争の整理と「抑制・均衡」法理の再評価——」白鷗法學11号(1998. 10)61頁。

## Ⅱ．立法権委任に関する議論と事例

### 1. 立法権委任禁止法理

#### (1) 立法権委任禁止法理の意義

アメリカの合衆国憲法は第1条第1節に「この憲法によって与えられる立法権は、すべて合衆国連邦議会に付与される。」と定め、立法権の議会への専属性とその委任の制限を規定している。すなわち、議会は立法権を他の部門へ委任してはならないという憲法上の原理であり、これがいわゆる「立法権委任禁止法理」(以下、委任禁止法理)と呼ばれるものである。ドイツや日本では一定の条件の下で、つまり、白紙委任禁止のように委任の内容・目的・範囲が立法的に具体化され、十分に制約されなければならないという条件が付いているものの、委任は許されるが<sup>4</sup>、アメリカの憲法ではそのような規範構造は取っていないので、日常的に行われている行政による立法の正当性に関する議論が行われている訳である。委任禁止法理は1935年の1年にたった2回の適用があつて以来、実質的に使われていないにも関わらず、それと関わりのある議論は依然として様々な場面で行われている。

Rehnquist裁判官は委任禁止法理の意義について、第一に、行政機関の恣意的な判断を無くすこと、第二に、司法審査を容易にすること、第三に、重大な政策決定を行えるのは議会だけであることを保障すること、という3つを明示した<sup>5</sup>。要するに、委任禁止法理は究極的には行政裁量の範囲を明確にして、その恣意性を制限することで、議会が拘束力のある規範を、その正当な理由無しにはそれを設立する特権を行政府に引き渡すことを防ぐことに目的がある。この観点からすると各国の法体制がそもそも立法権の委任を許しているかどうかは意味がなくなっていると思われる。規制国家において行政立法はその当否はさておくことにしても無視のできない現実の問題であり、いずれにしても、議会は委任が可能であっても立法権そのものを放棄してはならないという規範を前提に、立法権は政府の他部門にどれくらい委ねられうるか、それから、司法府はそれをいかに統制することができるか、その監督の対象を立法にすべきか、それとも行政にすべきか等の議論は共通しているようである<sup>6</sup>。

一方、委任に関する議論の推移の根底には法の支配、権力分立、民主主義のような基本概念が働いているが、例えば、ニュー・ディール期の委任議論において、規制政府の反対者らは法の支配、あるいは、権力分立のような観念からその反対の根拠を見つけ出すが、規制支持者らはこのような概念を再評価したり、修正するか、規制行政と必然的に両立出来ないものではないと主張している<sup>7</sup>。また、委任に関する議論においてその正当化の根拠の1つである選挙で選ばれた代表者の代表性主張、それに対しては立法者を作り出すためではなく、法を作るための選挙であるという反論、行政立法の民主的正当性の有無、司法府の反多数決主義の難点等のような民主的正当化の圧力の存在がこれら基本概念をオーバーラップさせ、今日に至るまで委任に関する議論が引き続き行われて来ている。

さて、これから見るように、委任に関する議論が憲法から行政法<sup>8</sup>へシフトしたことにより行政の恣意性統制という課題が立法府から司法府と行政府に引き渡されていることに加え、1984年の有名なChevron判決<sup>9</sup>が行政の解釈への司法府の謙譲を宣言したことは、特に

<sup>4</sup> 日本国憲法は第41条に立法権を、第65条に行政権を定めた上で、第73条第6号などによって行政立法の規定権を与えている。

<sup>5</sup> Industrial Union Dep't, AFL-CIO v. American Petroleum Inst., 448 U.S.607 (1980) at 685-686.

<sup>6</sup> 各国の立法委任議論に対する最近の比較研究として、参照、Bogdan Iancu, Legislative delegation: the erosion of normative limits in modern constitutionalism, Springer (2012).

<sup>7</sup> John K.M.Ohnesorge, Western Administrative Law in Northeast Asia, Harvard University Cambridge (2002) at 20.

<sup>8</sup> ここでいう行政法とは、裁判所が行政機関、行政裁判所、それから規則制定機関にその規定することが認められた法を意味する。

<sup>9</sup> Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984). この判決で確立



規制規則の解釈権限の所在が行政と司法、どちらにあるのかという議論を不可欠にする。言うまでもなく、この根底にも法の支配と権力分立、それから民主主義の概念のバランス関係が内在している。委任に関する議論の歴史とその正当化の過程は委任禁止法理が現代行政法に関する議論において大きなテーマの1つである規制行政立法に対する司法統制に関する議論へ平行移動し、繰り返されていることを明らかにする。以下では、まずその正当化の過程とその論理を見ることで上記の意義を確かめることにしたい。

## (2) 立法権委任の正当化

立法権委任の正当化は政治理論における議論と法理論における議論とに分かれて行われるが、両者は別個に独立して存在するものではなく、互いに影響しあっているので合わせて考察する<sup>10</sup>。

### 1) 法理論上の正当化

委任立法禁止法理は憲法の文面上、直接に規定されている訳ではなく、最高裁は委任禁止法理の違反に関わる判決を出す時には、合衆国憲法第1条1節に依拠している<sup>11</sup>。しかし、法理論においても委任立法の必要性、例えば、立法府が予期できなかった偶発的な出来事が会期外に起きることが不可避なことなど、行政府に制限された立法権を享受させなければならない場合や、ある程度の解釈裁量と託された規則制定無しには日常において政府がその立法が果たし切れないという実務上の必要は認識されてはいた。

初期の厳格な委任禁止原則を緩和し、行政立法が許容されると解釈しようとする努力はかつてからあった。まず、憲法の構造から見て、立法権限を議会に排他的に与えていることが必ずしもその権限の移転を禁じることに繋がらないとする考え方がその前提におかれる。まず、合衆国憲法第1条第7節<sup>12</sup>は二院制原理(Bicameralism)と大統領への法案送付手続(Presentment)とを定めているが、このような厄介な過程を備えることで偏狭な党派性が公共費用で私的便益を提供する立法を難しくしており、このように憲法を構造的に解釈する限り、起草者らもこのような状況を想定していたとされる<sup>13</sup>。そして、このような立場からの立法権委任はその結果、大衆の意思を適切に集めて実現することに失敗するという意味

---

された法理についてはⅢ. 1.(2) 1)を参照。

<sup>10</sup> 委任立法に関する概括的な先行研究として、大野盛直「アメリカにおける委任立法について」公法研究14号(1956); 水野豊志『委任立法の研究』(有斐閣、1960); 佐藤幸治「アメリカ合衆国における「法の支配」の一断面-委任立法の問題を中心として-」覚道豊治ほか編『現代における「法の支配」』(法律文化社、1979); 榎重博「行政立法における大陸型とアメリカ型」上智法学論集24巻2号(1981.2); 高良鉄美「合衆国における委任立法(上・下)」九大学46・47号(1983); 外間寛「アメリカにおける行政立法論の新展開」公法研究38号(1983); 駒村圭吾「アメリカ合衆国における立法権委任をめぐる議論の一動向——民主制論に寄せて——」法学政治学論9号(1991); 田中館照橋「アメリカの行政立法手続とわが国の行政立法手続に関する考察」明治大学社会科学研究所紀要31巻2号(1993); 駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法権委任法理』の展開(一)(二・完)」慶応義塾大学法学研究67巻3・4号(1994); 筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(1)〜(4・完)」自治研究86巻8号(2010.8); 86巻9号(2010.9); 86巻10号(2010.10); 86巻11号(2010.11)。

<sup>11</sup> *Loving v. United States*, 517 U.S.748 (1996) at 758.

<sup>12</sup> アメリカ合衆国憲法[第1条第7節] (1) 歳入を徴収するすべての法律案は、下院に先に提出されなければならない。ただし、他の法律案の場合と同様に、上院は修正案を提案し、修正を付して同意することができる。(2) 下院及び上院を通過したすべての法律案は、法律となる前に、合衆国大統領に送付されなければならない。

<sup>13</sup> John F.Manning & Matthew C.Stepenson, *Legislative and Regulation*, Foundation Press (2010) at 390.しかし、委任禁止法理を回避するため制定法を人為的に狭く解釈する場合、これは本当の意味で制定法を書き直すことであり、元来的意味での立法に取り組むことになる。このような委任は直ちに合衆国憲法1条7節の網をかいくぐることになり、その結果、委任禁止法理が与えようとする価値を得られなくなるので、二院制や大統領への法案送付という手続が委任の根拠にはならないと主張される。John F. Manning, *The Nondelegation Doctrine as a Canon of Avoidance*, Sup.CT.Rev.223 (2000) at 228.

で民主政を侵食し、憲法第1条第7節に定められた意味や代議制民主主義のメリットが色あせてしまう。

次に、仮に復委任禁止の原則によって<sup>14</sup>、市民が立法権限を議会に排他的に与えて、それを再委任できないと想定しても行政機関が公表した規制規則に従って法を執行する時に、それは技術的には「立法権」の行使ではなく「行政権」の行使とする考え方がある<sup>15</sup>。これに関しては行政立法が司法審査の対象になることもその説得力が増す理由の1つである<sup>16</sup>。特に、学者の中には委任禁止法理で禁じられる立法権の内容を立法府で立法者らがその法律上の権限に基づいて法案に投票する権利として理解することで、執行府への制定法的権限の付与は立法権の移転ではなく、立法権限の行使であると把握し、憲法上の委任禁止法理の根拠を否定する考え方も存する<sup>17</sup>。

判例は適法性維持の下では委任が許されることを前提とし、議会は拘束力のある指示を制定する権限を委任することができるがその権限行使の適切性が裁判所によって判断できるほど十分に制限されたものでなければならないとするものである<sup>18</sup>。いわゆる「明確性原則(intelligible principle)」が適法性維持の判断基準になる<sup>19</sup>。この原則は制定法が委任禁止法理に反するかを判断する基準として知られ、合衆国最高裁によって権力分立の原則を実施する手段として引用され続けている。しかし、合衆国最高裁は明確性原則にいかなる確実な定義も与えておらず<sup>20</sup>、これが具体性を欠いている広範な基準であり、これを実行することは困難であることは判例も認めている<sup>21</sup>。

## 2) 政治理論上の正当化 -規制国家モデルによる正当化-

規制国家の登場が初めて制度化したものとして知られている州際通商委員会が1887年に設立された当時から、委任に関する論争は予定されていたのと同然であった。委任法理の正当化に関する議論は主に行政の専門性・恣意性と政治的な責任性の相互のフィードバックで行われる。委任法理は19世紀後半のドイツにおける官僚制の理想を反映したものとして、官僚の行動を制約するために一般的準則で十分に対処できるという点と、議会が設ける目標と官僚が捻り出す手段との関係は本質的に技術的・科学的問題である点、この2つの前提に依拠している<sup>22</sup>。かかる行政の専門性は委任の正当性の根拠としてだけではなく、ひいては今日の行政府の法解釈の正当性の根拠としても大きな意味があるが、この行政の専門性に対する他部門による尊重の程度は流動的であるので、以下、その流れを概略し、

---

<sup>14</sup> Bogdan Iancu, Legislative delegation: the erosion of normative limits in modern constitutionalism, Springer (2012) at 80-82.

<sup>15</sup> Industrial Union Dep't, AFL-CIO v. American Petroleum Inst., 448 U.S.607 (1980).

<sup>16</sup> 5 U.S.C §706.

<sup>17</sup> Eric A.Posner & Adrian Vermeule, Interrring the Nondelegation Doctrine, 69 U.Chi.L.Rev. 1721 (2002) at 1723.しかし、これについては、Lockeによれば憲法が「立法権」という言葉を法律上の立法者らの権限を行使できる能力ではなく社会の為にルールを作る権限を言及する為に使っているという反論が加えられる。Larry Alexander & Saikrishna Prakash, Reports of the Nondelegation Doctrine's Death are Greatly Exaggerated, 70 U.Chi.L.Rev.1297 (2003) at 1298.

<sup>18</sup> Peter L.Strauss, Administrative Justice in the United States [2<sup>nd</sup> ed.] Carolina Academic Press, (2002) at 29. (以下, Administrative Justice)

<sup>19</sup> 1935年までは控訴審段階でしか確認されていないが(Fed. Radio Comm'n v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co., 289 U.S.266 (1933) at 284; N. Y. Cent. Sec. Corp. v. United States, 287 U.S.12 (1932) at 25-27)、1935年にL.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, Panama Refining Co. v. Ryan.の2件で、ようやく連邦最高裁で定着。

<sup>20</sup> Mistretta v. United States, 488 U.S.361 (1989) at 371-372.

<sup>21</sup> Whitman v. American Trucking Associations, Inc., 531 U.S.457 (2001) at 474-476.

<sup>22</sup> 樋口範雄(訳)『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂、2000) 280頁 [原書: Morton J.Horwitz, The Transformation of American Law, 1870-1960, Oxford University Press (1992)]。

後述する判例の流れと比較考察することにしたい<sup>23</sup>。

1930年代まではいわゆる伝動ベルト理論の時代として、憲法の起草者らが権力の集中を一番恐れていたこともあって、形式主義の影響で厳格な委任禁止法理の固守が行われた。ニュー・ディール規制を基にする福祉国家構想と、その統制を行おうとするLochnerコートの司法積極主義の時期には、当時世界に広まっていた全体主義に対する恐怖と抵抗による脱司法中心主義や、司法の形式性や教条主義に反発して起きた法現実主義運動の支流であるプロセス法学によって厳格な委任禁止法理が批判されるようになった<sup>24</sup>。行政の専門性による正当性が優位であった1910-40年の間には、専門主義が裁判手続において精緻な手続的保障を排除する結果となった。その後、専門家の能力に対する信頼は崩れ、1946年の行政手続法の誕生を見る事になった<sup>25</sup>。1940-60年代の始めまでに新しいモデルが官僚政府の徳目を説明し、立法府の指針の不在を正当化するために現れた。公益擁護者としての行政機関の専門性と中立性に信頼を持ち、その統制は控えられていた時代である。この時期は行政の恣意の統制ではなく、その知識-専門基盤の責任に焦点が合わせられた。

議会は多くの新しい行政機関に健康・安全・環境保護等の問題の解決を委ねるが、1960年代後半から1970年代まで行政機関はベトナム戦争を始め環境・産業関連の政策に多くの失敗を重ね、専門家としての行政機関という考え方には相当程度に疑問の目が向けられるようになっていた。この時の世論においてはいかにその規制を制限すべきかが重要になり、いわゆる「利益代表モデル」と解される時期として、下級裁判所においても大衆の参加と異議申立てのプロセスのための、例えば、「ハイブリット規則制定(Hybrid rulemaking)」手続のような参加手続の拡充や熟考された意思決定のためのHard Look法理を承認するなど司法審査の厳格化を図るため様々な努力があった<sup>26</sup>。しかし、合衆国最高裁はこのような努力に消極的であったが、それは、憲法構造の上、行政国家の新しい理解において公共の福祉に対する現代の法観念を素直に受けいるには抵抗があったからである<sup>27</sup>。

特に、行政分野の重要な判決を数多く出しているコロンビア特別区巡回区控訴裁判所での環境法を巡って行われた判決の変更は劇的であるが、Leventhal裁判官は1974年の自身の著作<sup>28</sup>で裁判所が環境分野の監視者としての役割を真面目に努めてきていることを著しているにも関わらず、1978年の判決<sup>29</sup>では合衆国最高裁が環境保護庁の創設とその機能とを認めながら、当時の判例の傾向を非難することで、より限定された司法審査の役割へ戻ることとなった<sup>30</sup>。

そして、1980年代からは大統領と議会による政治的統制が優位を占めることになった<sup>31</sup>。

<sup>23</sup> 前掲註、315-317頁。なお、参照、筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(1)」自治研究86巻8号(2010)105-127頁。正木宏長「行政法と官僚制(3)」立命館法学303号(2006.3)3-4頁。

<sup>24</sup> 椎名智彦「プロセス法学再訪—その背景と意義」青森中央学院大学研究紀要16号(2011.3)20-21頁。

<sup>25</sup> 樋口範雄、註22、303頁。

<sup>26</sup> Lisa Schultz Bressman, Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State, 78 N.Y.U.L. Rev.461 (2003) at 476. (以下、Beyond Accountability) ; Stephen Breyer, 38 Admin. judicial review of questions of law and policy, L.Rev.363 (1986) at 363. Hard Look審査についてはIII.3.(1)参考。

<sup>27</sup> Lisa Schultz Bressman, Beyond Accountability, at 478.

<sup>28</sup> Harold Leventhal, Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts, 122 U.P.A.L.REV.509 (1974).

<sup>29</sup> Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 435 U.S. 519 (1978).

<sup>30</sup> 稲田仁士(訳)『アメリカ環境法』(木鐸社、1995)22-24頁 [原書: Roger W.Findley & Daniel A. Farber, Environmental Law in nutshell [2<sup>nd</sup> ed.](1983, 1988)].

<sup>31</sup> この時期の学界の議論としてはTheodore J.Lowi教授とRichard B.Stewart教授の論争がある。Lowi教授はアメリカの政治システムに現れている病理現象の原因を行政機関の官僚に極度に広範な委任を行っていることに求め、委任禁止法理の復活を再び要求する一方、広範な委任が行政機関に柔軟性を与えており、裁判所は制定法にその具体的な程度を定めるに適合した組織体ではないというStewart教授のような法学者を批判する。Stewart教授において、問題は広範な委任にある訳ではなく中央政府に集中された規制権限

要するに、行政機関は伝動ベルトモデルのように立法府の指示を実行していたのでもなければ、単に「専門性」に依拠するモデルとして技術官僚の判断を執行していたのでもなく、行政機関の政策決定を選出された公務員、すなわち、大統領の責任という全国に影響を与える統制・監督の下におくことで、合理的な行政機関を追求するという正当化モデルが強い説得力を得ている。ある意味では議会より多くの民主的正当性が認められている大統領による統制モデルの下では正当な政治的決定に対する干渉として行政機関の行為を妨害する司法審査はその力を失ってしまう<sup>32</sup>。

上記の流れから、ニュー・ディール時代の始まりから2つの相反するテーマが共存していることが分かる。1つは行政の責任性に依拠する「規制の必要性」、いま一つはそれにより発生するおそれのある恣意性に対する「抑制と均衡の必要性」というものである。また、初期モデルでは行政の恣意の統制に重点が置かれ、それが反転して専門知識に基づく規範の責任性への信頼、再びその恣意性の統制、そして、政治的責任性の強調へとその重点が動いている。このような責任性と恣意の統制というキーワードは行政の裁量統制と委任法理の関係だけでなく、後述する新委任禁止法理と行政立法の解釈権限問題を理解するのに、重要なヒントを与えてくれる。

### (3) 立法権委任禁止の司法統制の歴史<sup>33</sup>

連邦最高裁判所では立法権委任の合憲性は1813年に初めて争われて以来<sup>34</sup>、議会が大統領に立法権を委任することはできないというのが原則であるとする立場が採られていた<sup>35</sup>。

---

の過大な強調による非効率にあるとされ、その根底には理想的な公共目的と民主的プロセスがあるとされた。立法権委任禁止強化論が即する民主制観は「法の支配」という古典的形式主義の立場であり、同撤廃論が即している民主制観は現代の機能主義の立場であると理解することができるが、Sargentich教授はこの2つの観点を論評して「委任法理」論争はまさにこの両者の対立であり、両者は根本的に衝突する正当化の問題であるので譲り合うことは望めないとしている。Theodore J. Lowi, *Two Roads to Serfdom: Liberalism, Conservatism and Administrative Power*, 36 Am.U.L.Rev.295 (1987); Richard B. Stewart, *Beyond Delegation Doctrine*, 36 Am.U.L.Rev.323 (1987); Thomas O. Sargentich, *the Delegation Debate and Competing Ideals of the Administrative Process*, 36 Am.U.L.Rev.419 (1987). なお、参照、駒村圭吾「アメリカ合衆国における立法権委任をめぐる議論の一動向——民主制論に寄せて——」法学政治学論究9号 (1991)。

<sup>32</sup> これに関して、司法による謙譲がなぜ独立行政機関と執行府に属する行政機関とに同等に適用されるのかに疑問を持ち、学者の中では独立行政機関は司法府の(Chevron型)謙譲を受けてはならないと主張し始めた。Chevron判決で確立された謙譲法理の詳細についてはIII.1.(2) 1)を参照。Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 Harv. L. Rev. 2245 (2001) at 2376-2377. Randolph J. May, *Defining Deference Down: Independent Agencies and Chevron Deference*, 58 Admin.L.Rev.429 (2006) at 432. ちなみに、環境保護庁(EPA)、社会保障局(SSA)、内国歳入庁(IRS)等は代表的な執行府所属の行政機関であり、全米労働関係委員会(NLRB)、連邦通信委員会(FCC)等は代表的な独立行政機関であるが、特に、FCCは議会による監督を受けている独立行政機関であると紹介されている (www.fcc.gov/what-we-do、2013/06/11アクセス)。しかし、このような代表的な独立行政機関の長は大体において大統領によって任命され、執行府所属の行政機関と責任を頻繁に共有するので大統領の影響を受けやすいという反論も行われている。Lisa Schultz Bressman, *Procedures as Politics in Administrative Law*, 107 Colum.L.Rev.1749 (2007) at 1808. (以下、Procedures as Politics)

<sup>33</sup> 大浜啓吉・常岡孝好(訳)『現代アメリカ行政法』(木鐸社、1996)。(原書: Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process*, West Nutshell Series [5<sup>th</sup> ed.](2006) at 8-34.; John F. Manning & Matthew C. Stephenson, *Legislation and Regulation*, Foundation Press (2010) at 379-442.; Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein etc., *Administrative Law and Regulatory Policy*, [7<sup>th</sup> ed.](2011) at 37-75. 判例及び学説の概観としてより詳しく紹介した先行研究として、筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(1)」自治研究86巻8号(2010.8); 駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法・委任法理』の展開(1・2)」法学研究67巻3号・4号(1994)。

<sup>34</sup> *Cargo of the Brig Aurora v. United States*, 11 U.S.382 (1813).

<sup>35</sup> *Field v. Clark*, 143 U.S.649 (1892).

一方、実務では議会が行政機関に行政立法を制定・施行する権限を与えていて、行政立法が行われる頻度はますます増える一方であった。裁判所ではこのような権限の授与は「枝葉的なことを補う権限」の授与に過ぎないと判断し<sup>36</sup>、委任禁止法理をかなり形式的に判断していた。それが、*J.W.Hampton, Jr. & Company v. United State*判決（以下、*Hampton*判決）<sup>37</sup>で「明確性原則(intelligible principle)」の概念が取り入れられ、制定法が行政活動の指針たりえるほどの明確性・理解可能性を含んでいれば、権力分立の観点から本質的な立法権の放棄ではないのでそのような委任は違憲ではないと判断され、緩和されるようになった。いよいよ委任立法における議論の歴史上、記念碑的な年として記録される1935年に連邦最高裁は2件の事件で違憲判決を下した。*Panama Refining Co. v. Ryan*事件<sup>38</sup>と*Schechter Poultry Corp. v. United States*事件<sup>39</sup>がそれである。2件とも全国産業復興法(NIRA)は大統領に実質的に何ら制約のない意思決定権を付与しているとして、違憲であると判断された<sup>40</sup>。前者は裁量行使のための指針が全く提供されていなかったケースであり、後者は「公正な競争を保障することで経済を活性化する」と規定しているだけで何ら詳細な基準もないまま、経済全体を規制する権限を与えたケースであった。しかし、この2件を最後に最高裁で委任禁止法理に依拠して違憲とした判決は一件も出されず、上記の法理の寛大な適用が続いた。

そのような中、ニュー・ディール初期以前よりも厳格な形態の委任禁止法理を支持する動きも現われた。*Industrial Union Dep't, AFL-CIO v. American Petroleum Inst.*判決<sup>41</sup>では、多数意見は法律の合憲性問題から一步退いて、*Rehnquist*裁判官(補足意見)は労働安全衛生法(OSHA)によって作業場のベンゼン露出を制限する基準の合憲性を直接に問い、その制定法の関連条項が委任禁止原則に違反していると判断した<sup>42</sup>。しかし、その後これを支持するように思われる少数学説はあったものの、これに同調を示す重要判決はほとんど出なかった<sup>43</sup>。

<sup>36</sup> *United States v. Grimaud*, 220 U.S.506 (1911).

<sup>37</sup> 276 U.S.394 (1928). このような委任禁止法理の現代的解釈が行われた最初の判決は *Buttfield v. Staranahan*, 192 U.S.470 (1904)であるが、これに引き続きいわゆる「明確性原則」が本判決で明確になったため、議論は新しい局面を迎えるようになる。この「明確性原則」は非合理的な委任を選び出すための運営上の原則公式で、本判決ではTaft裁判官が「もし議会が立法行為によってその料率を固定するように授權された人や機関が守らなければならない明確な原則を規定したら、そのような立法行為は禁止された立法権限の委任ではない」と確認した。Id. at 409. ただし、このような考え方には、行政機関の議会による政策決定の実行と行政機関の(委任された)立法権行使との間に裁判所が明確な線を引くことができるという前提があり(Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV.452,(1989) at 481.), 裁判所が「立法府」の立法と「行政府」の立法の間を区別する能力を過信しているのではないかという批判がある。このような「明確性原則」の「理由付け」としての意義については後述、III.3.(2) 2) *Chenery*原則との関係を参照。

<sup>38</sup> 293 U.S.388 (1935). 石油生産を統制する大統領の権限が争われた事件。

<sup>39</sup> 298 U.S.495 (1935). 大統領が私企業と協力して国家経済を再組織化する権限が争われた事件。

<sup>40</sup> これを最後に違憲判決は行われなかったが、以後規則制定手続を規定している1946年の行政手続法の制定に大きな影響を及ぼしたと評価されている。

<sup>41</sup> 448 U.S.607 (1980). いわゆるベンゼン判決。本判決で多数意見を書いたStevens裁判官はこれを否定し、代わりにこの法律が求めているように、その要件が職場での[重要なリスク]を治癒するとは認められないため、ベンゼン基準は無効であると主張した。ATA判決でもこのように制定法を狭く解釈することにより、委任禁止法理の適用を留保するという回避解釈の準則が採用された。しかし、このような立法権の委任禁止の問題を回避するための解釈は、それが解決するよりも多くの憲法上の問題をもたらすという批判が行われている。David M.Driesen, *Statutory Construction and the New Nondelegation Doctrine*, 64 U.Pitt.L.Rev.1 (2002) at 4.

<sup>42</sup> その一年後の判決で多数意見は、OSHAの立法史から「実行可能な」という表現が行政機関に十分な指示を提供していると判断したが、Rehnquist裁判官はこれに反対して(Warren裁判官、Burger裁判官の同調)作業場の安全について、議会が本質的な政策を述べるべきであり、OSHAへの委任は違憲な立法権の委任であると主張した。*American Textile Manufactures v. Donovan*, 452 U.S.490 (1981)。

<sup>43</sup> これに対する学界の評価としては、「委任禁止法理はほぼ完全に失敗している。」Kenneth Culp Davis, A

このように判例は委任禁止原則を固守し、広範に授權された行政立法に対してそれを立法権限の行使として認めていなかったが、連邦最高裁は複雑多様化した現代社会で専門技術的な問題が増加する中で、議会が広範な委任を行ったとしても、それをもって単にその責務を尽くさなかったとは言いきれないとし、立法権の委任の存在を明確に認めるに至った<sup>44</sup>。本稿で主な素材として扱うATA判決は委任禁止原則を適用し、明確性原則をみたしていない大気浄化法は違憲な立法権の委任であると判断し<sup>45</sup>、学界や世論の注目や非難を多く浴びた。しかし、その上告審であるWhitman判決では、全員一致でATA判決を破棄した<sup>46</sup>。

このように立法権委任に対する司法統制の歴史を見てみると、立法権の委任問題について、連邦最高裁判所は一方においてはすべての行政法令が必然的にある政策決定の裁量をその執行行政機関へ移転しているという現実をよく認識しながら、もう一方では議会の立法権委任権限に一定の制約を与える「委任禁止法理」を展開するため奮闘して来たのが分かる。以下ではATA判決とWhitman判決を検討し、これに対する学界の議論状況も考察することにしたい。

## 2. 判例の紹介

以下では委任に関する議論との関係で意義があると言われる最近の判例を紹介する。控訴審の判決とその上告審である連邦最高裁の判決には今まで見て来たような委任に関する議論の重要な論点が幅広く含まれており、特に委任に関する議論の行政法化の過程を考察するのに適切な判例であると思われる。

### (1) American Trucking Associations v. EPA

#### 1) ATA判決の事実関係及び判断

大気浄化法(Clean Air Act: CAA)は、環境保護庁(Environmental Protection Agency: EPA)長官に対して、§ 108<sup>47</sup>に基づき大気の質に関する基準が制定

---

New Approach to Delegation, 36 U.CHI.L.REV.713 (1969) at 713.;「委任禁止法理は死んでいる。」John Hart Ely, *Democracy and Distrust A Theory of Judicial Review* (Harvard 1980) at 132-33.;「委任禁止理論は実際に使用済みだ。」Peter L. Strauss, *Administrative Justice*, at 357.;「委任禁止原則そのものは繰り返して死んでいる、あるいは、極めてその使用が稀な主題である。」Jeff Brax, *American Trucking Ass'ns, Inc. v. EPA*, 27 Ecology L.Q.549 (2000-2001) at 565. 一方、変形あるいは再定置されただけであって、依然としてその役割を果たしているという主張として、Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U.Chi.L.Rev.315 (2000) at 315-316.

<sup>44</sup> *Mistretta v. United States*, 488 U.S.361 (1989). ここまでの流れを駒村教授は「基準の要件」と立法権委任法理の変遷を5期で分けて、19世紀後半から1930年代前半にわたる第1期は「基準の要件」が出現する前である「模索」・「萌芽」期間、第2期はPanama, Schetcher事件があった1935年から40年代後半にかけての時期で「基準要件」の「成立期」、第3期は1946年の判決(*American Power & Light Co.*)をきっかけに、およそ1940年代後半以後の「緩和」・「形骸化」期間、第4期は1950年代後半から「衰退」の時期、1989年の判決(*Mistretta v. United States*)をきっかけで復活したことを第5期であると分析している。駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法・委任法理』の展開(1・2)」(1994) 法学研究67巻3号33頁、4号46-49頁。

<sup>45</sup> *American Trucking Ass'ns v. EPA*, 175 F3d 1027 (D.C. Cir. 1999), 195 F3d 4 (D.C. Cir. 1999). 国内の紹介として、駒村圭吾「*American Trucking Ass'ns Inc. v. EPA*, 175 F3d 1027 (D.C. Cir. 1999), modified, 195 F3d 4 (D.C. Cir. 1999) -環境保全庁による大気清浄法108・109条の解釈は立法権委任禁止法理に反するとの理由で、同庁に明瞭な基準の定立と当該法条の再解釈が命ぜられた事例」アメリカ法2001(1)(2001.7).

<sup>46</sup> *Whitman v. American Trucking Ass'ns*, 531 U.S.457 (2001). 国内の紹介として、黒川哲志「*Whitman v. American Trucking Ass'ns, Inc.*, 531 U.S.457 (2001) -大気環境基準の制定を環境保護庁に委任する大樹清浄法109条の規定は、違憲な立法権の委任ではない」アメリカ法2002(1)(2002.7).

<sup>47</sup> CAA§108 (42 U.S.C. §7408) EPAは汚染物質の目録と個々の汚染物質の性質や影響に関する評価基準の公示の義務を負う。

されている各大気汚染物質について、§109(a)<sup>48</sup>において全国大気環境基準(National Ambient Air Quality Standards: NAAQS)を規定して公表することを義務づけていた。一旦、NAAQSが規定されればEPA長官はその基準(そしてそれが基づいた評価基準)を5年ごとに見直して、適切に修正しなければならない<sup>49</sup>。本件は1997年7月18日、EPA長官(当時、Carol Browner)が微細粉じんとオゾンに対するNAAQSを修正した時に提訴された。この物質はその水準が「0」ppmではない限り、健康に影響を及ぼすものとして安全な基準の臨界が明確ではないものであった。EPAはオゾンの基準を0.08ppmとし、規制を強化する方向へ修正を行ったが、これに対してAmerican Trucking Associationとその他の私企業、Michigan州、Ohio州、West Virginia州がコロンビア特別区連邦控訴裁判所(以下、本件控訴裁判所)に、NAAQSの規定におけるEPAのCAA解釈が立法権の違憲な委任に当たるとして司法審査を申し立てたものであった。産業界は施行費用等を考慮しないで一方的に基準を強化したことについても異議を申し立てた。本件控訴裁判所は3人で構成された合議体で施行費用は考慮事項ではないと判断する一方で、EPAが新しい基準の選択過程の妥当性を現す根拠を提示しなかったことは、「明確性要件」を満たさないことになるので違憲な委任が行われたとした(反対意見あり)。なお、違憲無効とする代わりに問題となったNAAQSを行政庁へ差し戻した。これに再審請求<sup>50</sup>があったが一部認容、一部拒否、委任禁止原則に対する請求は退けられた。

## 2) ATA判決の主要な内容

### ① Williams裁判官の多数意見

本件で控訴裁判所はCAAの重要条項に対するEPAの解釈と適用が違憲であると判断した。特に、多数意見はEPAによるCAAの§109(b)の解釈はEPAが「明確性原則」を満たさなかったもので、委任禁止原則の違反であると判断した。なお、もしEPAと審査裁判所が主要大気基準に対する適切なレベルを設定する際に適用できる「決定的で拘束力のある基準」を採用して実行しなかった場合や、あるいは採用して実行するまではEPAは§109(b)を適用することができないとした。ただし、このような行政機関の解釈が違憲な委任を含む場合、憲法上の欠陥のない解釈が可能であれば、法律を無効にする代わり行政機関に違憲を回避する機会を与えなければならないとし、NAAQSをEPAへ差し戻した。Williams裁判官は規制を無効とし、行政機関に差し戻すために委任禁止法理を適用することは慣例的ではな

<sup>48</sup> CAA§109(a) (42 U.S.C. §7409(a)). 大気汚染防止法§109は公衆の健康と福祉を脅かす大気汚染物質に関してEPAが全米大気質基準(NAAQS)を設定することをEPAに義務づけている。

<sup>49</sup> CAA§109(b)(1)(42 U.S.C. §7409(b)(1)), CAA§109(d)(1)(42 U.S.C. §7409(d)(1)) 各々の汚染物質に対して2つの基準が設定される。「1次的」基準は長官の判断により、「十分な安全率の余裕を見込み、公衆の安全にとって必要なもの」である。「2次的」基準は長官の判断により、「公共の福祉(構造物、作物、動物、建築物、その他)を大気中にその汚染物質が存在することによる既知のまたは予想される悪影響から守るために」必要な物である。NAAQSの設定から9ヶ月以内に各州は州内でその基準を達成し維持するための計画をEPAに提出しなければならない(§110(a)(1))。それに対してEPAはそれが公聴会開催後に採用され、また§110(a)(2)に定める条件を満足するものであれば州の実施計画(SIP)を承認しなくてはならない。最も重要な条件はSIPが1次的にNAAQS基準を「執行可能な範囲で出来るだけ早く、……しかし、いかなる場合にも承認の日から3年以内に」達成することを規定していなくてはならないことである。2次的基準は「合理的な機関」内に達成されなくてはならない。SIPには「排出制限、その制限を実施するための手順、及び予定」と同時にその計画を執行するために必要な法的権限と態勢が整っていることの保障が含まれていない。稲田仁士(訳)『アメリカ環境法』(木鐸社、1995) 60頁。

<sup>50</sup> EPAの申立てにつき、大法廷(En banc)で再審理。EPAは明確な原則によって行ったなどと主張して再審理を請求、裁判官間に意見が分かれていた問題を解決するために大法廷で再審理した。裁判所はEPAの再審理の提起に対して、再審理申立人たちはCAAが「明確性原則」に反していないと主張しているが、それを証明することも、修正されたNAAQSがその原則に従って規定されたことを説明することも、失敗したと言って拒否した。一方、請求の一部は受け入れられて改正されたオゾンNAAQSの達成日とその執行に関する以前の裁判所の命令は修正された。

いとした上で、連邦最高裁判所は基準のない制定法を無効とすることを要する「強い」形の委任禁止審査はもう取らないし、むしろ司法審査を促すために明確性原則の充足だけが求められるとした。なお、その専門判断の行使において行政機関は自分の裁量を適切に制限できるとし、このようなアプローチはChevron事件のようなケースで適用された行政決定に対する現代の謙譲法理と調和すると判断した<sup>51</sup>。

## ② Tatel裁判官の反対意見

多数意見は半世紀にわたって続けられて来た連邦最高裁判所の先例を無視するものであり、EPAは最新の科学技術に基づいて基準を設定しなければならないという制定法上の指示に従って判断しているので、その裁量は無制限とは言えないとした。また、EPAがその根拠としている研究結果を恣意的に選択しているのか、異議申立人が主張するように、その研究から誤った結論を導出しているのか、それとも私の同僚が思うようにEPAが自ら立てた原則に従う事が出来なかったかは、委任禁止原則を前提にした私たちの問いとは関係がなく、むしろ、NAAQSが恣意的で専断的であるかという問題と関連する。憲法は議会が明確性原則を満たすことを求めており、議会はここでそれを満たしている<sup>52</sup>。政治的に責任ある州政府に汚染減少の負担をどう分配するか、そしてNAAQSはいかに具体的な産業と個別事業に影響するか、それを決める基本的な責任はCAAが定めており、裁判所はそのような議会の委任に対して事後的な批判をするのに適任者とは言えない<sup>53</sup>。

## 3) ATA判決に対する主要な批評

控訴裁判所での判断内容を纏めると、多数意見は第一に、CAAが「どれほど多いのが多すぎるのか」のような実体的判断において、いかなる決定的な基準も提供していないので、明確性が欠けており違憲な委任立法が起きた。第二に、行政機関の解釈が違憲性のある委任を含んでいるが、合憲的な解釈が可能であるときは、法律を無効にするのではなく回避の機会を与えなければならない、とされた。これに対して反対意見は第一に、先例に照らしてみてもCAAの基準は明確性の原則を満たしている。第二に、最新科学技術等の指針に従って判断しなければならないので無制限の裁量が許容されているわけでもない。第三に、これは委任禁止原則とは関係がなく、恣意・独断の裁量の判断と係わる。第四に、裁判所はそのような委任に対する判断に適任ではない、ということになっている。これらに対しては多くの評価が行われている。

## ① 多数意見に対する肯定的意見

ATA判決に対して委任禁止原則の復活を知らせるものであると評価し、歓迎する側の主張は概して次のとおりである。

まず、行政機関に明確性を満足させるためにEPAへ差し戻したことは冬眠状態であった委任禁止原則の新しい形態の解決として、このような控訴裁判所の決定は「新委任禁止アプローチ」を例証するものであり、これは行政機関の制定法的な権限の授与に対する司法府の典型的な謙譲判断からの方向転換であると評価されている<sup>54</sup>。かかる新委任禁止法理はいくつかの方法で民主主義を進展させることにもなる。というのも、これにより行政機関

<sup>51</sup> 195 F.3d 4, at 8 (D.C.Cir.1999). なお、この指摘はLisa Schultz Bressman, New Theories of the Regulatory State Disciplining Delegation after *Whitman v. American Trucking Ass'ns*, 87 Cornell L. REV. 456 (2002), at 456-457. (以下、Disciplining Delegation)

<sup>52</sup> 175 F.3d 1027, at 1058-1059.

<sup>53</sup> Id. at 1061.

<sup>54</sup> Darren Summerville, The Nondelegation Doctrine after *Whitman v. American Trucking Associations*: Constitutional Precedent Breathes a sigh of Relief, 18 Ga.St.U.L.Rev. 627 (2001) at 629.



の行為に対する議会の監督を向上させるので議会の責任が増加されるからである<sup>55</sup>。また、多数意見であるWilliams裁判官は差戻しの実質的利点を指摘し、それにより行政機関がその特別な専門知識を利用して制定法を救済することができるので、裁判所に議会が立法した法律を違憲とさせないことを保障することになる。Williams裁判官のこのような救済方法は二つの意味が含まれていると言っているが、裁判所が特に憲法上の根拠でむやみに制定法を無効にすることを防ぐこと、制定法を救うために行政機関の専門性を生かすことの2つである。前者が制定法の無効にかかるコストを避けることに関心を置いている一方で、後者は行政機関の規則制定の便益に置かれた関心を反映しているという評価もなされている<sup>56</sup>。

## ② 多数意見に対する批判

ATA判決に対する批判は様々であるが、大きく分類すると概して次のようになる。

第一に、EPAが適用する基準より本件控訴裁判所が適用する、より強く「決定的」「拘束力」があるいかなる決定基準もでたらめであり、科学が答えられないことを科学者と行政機関に返答させることになる<sup>57</sup>。

第二に、DC控訴裁判所の選択した救済策は大統領選挙の投票に影響を及ぼすことになり、国民の権利を深刻に制限することになるので、非常に非民主的である<sup>58</sup>。裁判官は政治的責任を最も負わない公務員である。彼らは立憲民主主義システムの中で、そういった根本的な政策決定をするのに、選択可能な最悪の公務員である。

第三に、裁判所が致命的であると判断した不確定性の程度は立憲民主主義を脅威とするほどのものではない<sup>59</sup>。EPAのオゾンと微細粉じんに対する基本的政策決定は「政治的に責任がない行政官僚」によって作られるものではない。行政官僚はこのような裁量的決定においてその費用と便益を考慮しなければならないし、むしろ議会にこのようなすべての決定をするように要求することは有害である。なお、これには告知及び意見聴取規則制定手続(Notice-and-Comment Rulemaking)のような手続的な制約も課せられている<sup>60</sup>。

第四に、違憲判断を回避するため差し戻すことが、連邦最高裁判所が挙げている委任禁止原則の3番目の目標<sup>61</sup>、すなわち議会だけに重要な政策決定をさせることに合わないことは裁判所も認めている。多くの裁判所と学説がその3番目の目標をもっとも重要な理由として挙げて来た点から、このような裁判所の告白は致命的なものである<sup>62</sup>。

## (2) *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*<sup>63</sup>

### 1) *Whitman*判決の経過及び判旨

ATA判決を不服であるとしたATAは当時EPAの長官であるChristine Todd Whitmanを相手取り、連邦裁判所へ上告した。連邦最高裁は9人全員一致の結論に至っているが、特に

<sup>55</sup> Lisa Schultz Bressman, *Schechter Poultry at the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State*, 109 *Yale L.J.* (2000) at 1423. (以下、*Schechter Poultry*)

<sup>56</sup> *Id.* at 1440.

<sup>57</sup> Richard J. Pierce, Jr., *The Inherent Limits on Judicial Control of Agency Discretion: The D.C. Circuit and the Nondelegation Doctrine*, 52 *Admin. L. Rev.* 63 (2000) at 71-78.

<sup>58</sup> *Id.* at 92-93.

<sup>59</sup> *Id.* at 94.

<sup>60</sup> *Administrative Law – Nondelegation Doctrine – D.C. Circuit holds that EPA Construction of Clean Air Act Violates Nondelegation Doctrine – American Trucking Ass'ns, Inc. v. EPA*, *Harvard Law Review* Vol.113, No.4 (Fed., 2000) at 1055.

<sup>61</sup> 註5及び該当本文参照。

<sup>62</sup> *Id.* at 1056.

<sup>63</sup> *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S.457 (2001.2.27).

立法権委任禁止法理に関しては3つの個別理由を付している。(Scalia裁判官の書いた多数意見、Stevens裁判官の補足意見(Souter裁判官が同意)、Thomas裁判官の補足意見) 本判決はNAAQSの施行コストの考慮の可否については、NAAQSの別個の規定では施行コストについて明示的に規定があるが、§ 109(d)には何ら規定もないので、考慮してはならないとし、ATA判決を支持した。一方、委任禁止法理の違反に関してはCAAがEPAへ委任した立法権は適切なものであるとし、控訴裁判所の判決を破棄し、差し戻した<sup>64</sup>。

## 2) Whitman判決の要旨

全員一致という表面上の結束の中で、行政機関に権限を委任する議会権限の合法性に対して、各裁判官がそれぞれの思いを抱いている<sup>65</sup>。

### ① Scalia裁判官の多数意見

Scalia裁判官が作成した多数意見は、本件控訴裁判所が委任禁止原理を適用して立法権限の委任の違憲性を判断したことは、過ちを犯していると判示した。その主な内容は次のようなものである。

ア、委任立法における合憲性の問題は、その制定法が立法権を行政機関に委任しているか否かによる。…… 私たちは行政機関が制定法を限定解釈することで、不法な立法権の委任が治癒できるとは決して示唆していない。その法律が立法権限を委任しているかどうかは裁判所が判断すべき問題であり、行政機関の自発的な否認はその答えと何ら関係がない<sup>66</sup>。

イ、§ 109(b)(1)が許容する裁量の範囲は実に私たちの立法権の委任禁止先例の外部的制限内に充分当てはまっている。…… 私たちは“そういう法の施行や適用に残される政策判断の許容可能な程度に関して、議会を責めるのに適任であるとは決してしたことがない<sup>67</sup>。”

ウ、許容できる行政機関の裁量の程度が、(合憲的に)議会が授権する権限の範囲によって変わってくることは十分に真実である。…… 一方、国全体の経済に影響を及ぼす大気水準を設定する実質的な指針が提供できなければならない。しかし広範な規制構造であるとしても私たちは決して、控訴裁判所がここで言ったように、制定法が“[規制される危険の中で]どれだけ許容される限度を超えていると言えるのはどの程度か”を判断するための“決定的な基準”を提供するように要求することはできない<sup>68</sup>。

エ、§ 109(b)(1)は、安全に適切な余裕を持って、公共の健康を保護するのに“不可欠”なつまり、必要以上でも以下でもないレベルで大気質の基準を設定することをEPAへ要求すると繰り返し解釈し続けて来たが、これは我々の先例により許容される裁量の範囲内に問題なく当てはまるものである<sup>69</sup>。

---

<sup>64</sup> Whitman判決における裁判官のイデオロギー性向は革新派から保守派への順番で、Stevens – Ginsburg – Breyer – Souter – O’Connor – Kennedy – Rehnquist – Scalia – Thomasである。裁判官の構成の変化がない限り全体的な性向は一定であろうが、事件ごとに性向の順番が多少変わることがなくはない。<http://www.oyez.org>より、イデオロギー順にソート。

<sup>65</sup> Breyer裁判官は委任禁止問題については特記すべきことを述べていないので省略。

<sup>66</sup> 531 U.S.457 at 473.

<sup>67</sup> *Mistretta v. United States*, 488 U.S.361 (1989) at 416 (Scalia、反対意見), at 363 (多数意見)を引用、531 U.S.457 at 474-475.

<sup>68</sup> *Id.* at 475.

<sup>69</sup> *Id.* at 475-476.

## ② Thomas裁判官の補足意見

Thomas裁判官は多数意見の結論に賛成したが、委任禁止原則と明確性原則の要件について自分の立場を個別に表している。多数意見とは補足意見の中でもっとも不一致であると評価されている。

オ、この裁判所が1928年以来、議会の行政機関への授権に対する唯一の憲法上の制約として「明確性原則」を取り入れて来たにも関わらず（前記Hampton判決）、憲法は「明確性の原則」について明示していない。むしろそれはもっと簡潔な言葉で次のように述べている。：“ここで付与されたすべての立法権限は議会に付与される。”……その原則は明確であるが、委任された決定の意味が、単純に決定であると言うには依然としてあまりにも広すぎて、「立法」以外のものでは呼べない場合があると私は思っている。

カ、この事件の当事者の中で、誰も憲法のテキストの審査や、立法権の委任に関する先例を見直すことを要請しなかった。しかし、このことから私は私たちの委任法理が権力分立に対する私たちの草案者の理解からかけ離れ過ぎているのではないかと思う次第であり、このことから委任禁止原則の疑いを躊躇いなく提起しようと思う<sup>70</sup>。

## ③ Stevens裁判官の補足意見

Stevens裁判官はSouter裁判官によって同意され、委任された権力の性格についてより直接的な解釈を示している。

キ、最高裁は二通りの選択肢を持っている。一つは、私たちはEPAに委任された権限が「立法的」なものであるとした上で、それにもかかわらずその委任は合憲であると判断する。それは授権法の条項によって適切に制限されたからであって、これを素直に認めることで、この問題の根本的な性格を明らかにすることができる。もう一つは、最高裁のようにEPAに委任された権限がある程度は「立法権」ではないと主張することである。このような判断に対しては、最高裁の支持があるが、それよりも、私たちが実際に行政機関の規則制定権限が「立法権」であることを認め、委任事案で私たちが行っていることがより賢明で、より充実したものであると思われる。

政府の権力に対する適切な説明は一般的に権力の性格に依拠すべきであって、それを行う主体のアイデンティティーに依拠してはならない。参照、Black's Dictionary(1990)（「立法」の定義、将来に向けた規則の公式化）……もし、EPAが定めるNAAQSが議会によって規定されていたら、皆はそのような規則が「立法権」行使の産物であるということに同意するだろう。同様の説明は議会による許容可能な委任による行政機関の規則制定権限に対しても妥当する。

ク、行政機関が議会からの有効な委任を受けて規則制定権限を行使することは“立法的”であることが明らかである。委任が十分に明確性原則を提供している限り、それによる固有の違憲性は存在しない。従って、私はPart III（最高裁の意見）で書かれたものにほとんど同意するが、議会がCAA§109を定めたときに、それは憲法上の立法権のEPAへの委任を実施したのであると主張する<sup>71</sup>。

## (3) Whitman判決の評価及びATA判決との比較

### 1) Whitman判決の多数意見とATA判決との比較

---

<sup>70</sup> Id. at 487.

<sup>71</sup> Id. at 488-490.

まず、ATA判決とWhitman判決の判断の違いについて、ATA判決はCAAによる委任が明確性の基準を満たさない広範なものであるとし、憲法上の委任禁止原則を適用して違憲な委任に該当すると判断した上で、CAAを無効にする代わりに違憲回避解釈準則を適用して、EPAへ差し戻したが<sup>72</sup>、Whitman判決では先例や関係法令に照らして、CAAは明確性の基準を満たしているとされた。後者は、本件は憲法上の委任禁止原則の適用事例ではなく、かつ、行政機関の解釈は恣意・独断という裁量審査の対象になるべきであるという論理によっている。

ATA判決でWilliams裁判官は、委任禁止原則を規制の無効と行政機関への差し戻しのために適用したことが慣例的ではないことを認めながらも、最高裁が現に厳格な委任禁止原則を適用せず、明確性の要件だけで判断していると理解していた<sup>73</sup>。これに対して最高裁は(ア)の論理を立てて、議会が定めなかった基準要件を行政機関に求めるために憲法上の原則を持ち出したことは誤りであるとした上で、制定法が「明確性原則」を実体的に満たしているのかではなく、行政機関がその決定を適切な理由と基準に従って行った場合にはそれが「理想的な明確性」ではなくても、その決定を支持するという「専断性・恣意性」審査基準を適用して行政機関の選択とその手段の合理性を審査すべきであるとした<sup>74</sup>。

なおまた、本件控訴裁判所が採った委任禁止法理を回避するために制定法を限定して解釈するアプローチを否定することで、いわゆる新委任禁止法理の適用を否定することになった<sup>75</sup>。しかし、注意を要することとして、最高裁が控訴裁判所での差し戻しを批判したことが、議会に明確性の要件を満たすことを求め、行政的基準を要求することを排除しているかは明確ではない点がある。これによると最高裁は、Williams裁判官に対して、補充的な行政基準を要求するのに適切な方式が憲法ではなく、行政法に基づくことを指摘している。

Whitman判決でScalia裁判官は問題になった法律の文言を読む際にその意味の幅に注意を払い、法律の全体的脈絡及び他の法律との関係を把握しようとしている。Scalia裁判官は法律上の表現が不明確な場合には、行政機関に関連政策を展開することについて十分な裁量が与えられるべきであるという主張の熱烈な支持者であることが知られている<sup>76</sup>。また、当該判決の(イ)からも伺えるように、いくら空白が不可避だとしても法律上の表現によって空白が残った部分について裁判所が政策を展開してはならないし、むしろ唯一かつ持続可能な意味を見つけることが裁判所の役割であると主張している<sup>77</sup>。

ATA判決では「どれだけ多いのが多すぎるのか」という質問をしてその許容と不許容の線引きのための決定基準が明確になっていないので明確性原則を満足していないと判断しているが、最高裁の多数意見(ウ)は明示的にこのような問い方を採用しないとしている。

多くの行政法学者がその年もっとも注目していたといわれるWhitman判決は、一部には

---

<sup>72</sup> このような裁判所の回避カノンを通じた委任禁止法理の実行がむしろ遥かにその法理の憲法上の目的を侵害するとする主張について、John F.Manning, *The Nondelegation Doctrine as a Canon of Avoidance*, Sup.CT.Rev.223 (2000) at 228.

<sup>73</sup> 175 F3d 1027, at 1038.

<sup>74</sup> 裁判所が行政立法について「専断性・恣意性」審査を適用する理由は、制定法の目的の性質が予防的なもので、その証拠が不確定的で相反しており、又は行政機関の規制規則が公衆衛生を保護するように計画されたものである場合には、その決定を実体化するには行政機関の方がより多くの裁量を持っていると思われるからである。Ethyl Corp. v. EPA, 541 F.2d 1, 28 (D.C.Cir.1976) (en banc).この判決は、行政機関に「原因と効果の厳格な段階的証明」を求めない代わりに、行政機関はその決定を理論上の推定、予備のデータ、それから疑わしい傾向のような「まだ事実として保証できない」証拠から導き出される結果に基づくことが許されると判断した。そして、これを許容する最大の理由は、その制定法の目的が健康への悪影響を防ぐものである場合、もし行政機関がその証拠が決定前の事実とまったく合致するまで待つことにすると、その制定法の事前予防という目的は達成できないからであるとしている。

<sup>75</sup> Frona M. Powell, *The Supreme Court Rejects the New Nondelegation Doctrine: Implications for the Administrative State*, 71 Miss.L.J.729 (2001-2002) at 758-759.

<sup>76</sup> Peter L.Strauss, *Administrative Justice*, at 355.

<sup>77</sup> Id. at 356.

大きな失望を与え、一部には安心のため息をつかせた。結局、本件控訴裁判所は最高裁が行うはずだったこと、すなわち、委任禁止問題を回避するための制定法の限定解釈を行政機関に代わりにするよう指導していた。最高裁が自ら行政機関の解釈への謙譲を選択する予定であったとしても、このような判断は司法の解釈権限に対する侵害になると批判されている<sup>78</sup>。

## 2) Whitman判決の補足意見に対する評価

Thomas裁判官の補足意見は憲法の文言、特に憲法第1条第1節の「あらゆる(立法権)」という表現が、他の部門の権限規定にはないことから起草者らの意思を推定し、厳格に解釈して伝統的な意味での委任禁止原則の適用への希望を依然として示している。これは、他の裁判官の同意を得られなかったし、補足意見に止まるが、仮に最高裁の構成に重要な変化が起きて憲法に対するより厳格な理解が行われる場合、委任禁止法理の理解が大きく変えられる可能性がないことはない。このような憲法テキストに関する忠実是非常に貴重な価値を実現するが、しかし、現代政府に効果的に機能を遂行することを許容するおびただしい量の立法の無効をもたらし得る<sup>79</sup>。

Stevens裁判官はThomas裁判官の問題関心に直接に反対し、仮に議会が立法権の委任を行ったとしても、憲法はそのような委任を完全に禁止しているわけではなく、その委任は立法的であるが合憲であると判断されるとした。Stevens裁判官は明白に立法権限の委任を受ける行政機関を議会そのものの拡張であると見做した。これはEPAがCAAの権限に基づいて行使する権力は立法権ではなく、むしろ行政権力に内在する政策決定裁量のある形態であるとするScalia裁判官の多数意見とも一致しないものであり、異なった種類の権限(つまり立法権)であると主張する(同調したSouter裁判官は除外)同僚を批判している。Stevens裁判官のこのような考え方は憲法の草案者の用語選択に誠実に従うものである。Stevens裁判官は1930年代以来、議会が享受して来た、依然として記述的には憲法テキストと一致してはいる、現在の運用方式に説得力のある解釈を新たに加えたとの評価を受けている<sup>80</sup>。しかし、これに対する批判は、いかなる授權条項も権限を委任することができることになり、しかも制約もされないとするこのような理解は、なぜ組織法がその権限に適切な限界を提供しなければならないか、行政機関が行使するのが立法権なら明確性原則審査の根拠はどこに求められるのかという疑問に答えを求めている<sup>8182</sup>。

---

<sup>78</sup> Lisa Schultz Bressman, *Disciplining Delegation*, at 35.

<sup>79</sup> *Id.* at 382.

<sup>80</sup> *Id.* at 375.

<sup>81</sup> John F. Manning & Matthew C. Stephenson, *Legislation and Regulation*, Foundation Press (2010) at 417.

<sup>82</sup> 以上に類似しているドイツの議論については、参照、高木光『技術水準と行政手続』(弘文堂、1995) 46-48頁。以下でのアメリカの議論に参考・比較になるのでその要旨を引用しておく。「立法者が不確定法概念を用いることはその条項を解釈適用する他の機関のその具体化を委ねていることにほかならず、具体的な政策的判断、政治的な価値判断を断念していることを意味する。…… 法律の定めが他の機関による具体化の余地を多く残していればいるほど、議会の政治的責任は行政または裁判所に転嫁されることになる。」その根拠が同じである法律規定であっても、その具体化の方法によって、例えば、法規命令で具体化されているか否かによって最終的な個別的具体的決定の意味は異なりうる。即ち、法規命令で具体化される場合には、「行政立法」という言葉が示すように行政はまさに議会が行うのと同じような態様で具体化機能を果たす。そして裁判所はそれに対して委任立法の限界という形でしか統制が及ばない。そうではない場合には「立法」=「法定立」が「法適用」のレベルに転嫁されることになる。法適用機関は一般条項、不確定法概念のままでそれらを適用できないので規定を補充しなければならないが、これは法律の解釈適用と呼ばれ、不確定法概念が隠れた立法の委任となっていることに目をつぶるのである。そこで行政の最終的な個別行為である許可に裁量ないし判断余地が認められる場合には行政がその法定立の補足の責任を負い、その許可が裁判所による完全な審査に服する場合には裁判官がそれを行うことになりうる。このようにして裁判所が政策的、政治的価値判断を行い、立法者の代替物となっているという批判がうまれてくる

### 3. 判例の意義

#### (1) 新委任禁止法理

##### 1) 概念の整理

講学上では委任法理、委任禁止法理、強委任禁止法理、弱委任禁止法理、委任禁止カノン、新委任禁止法理など様々な概念が用いられており、同じ言葉であっても、論者によってその意味が少しずつ変わっている。従って、まず本稿における言葉の意味を整理しておくことにしたい。「委任法理」とは、議会の立法権委任を許容することまたは許容の正当化を、「委任禁止法理」とは、議会の立法権委任を原則として許容しないことを示す。「強委任禁止法理」とは原則として議会が立法権の委任の際、「明確性原則」を提示していればそれは可能であるという立場であり、「弱委任禁止法理」とは行政機関自らが十分に裁量を制限して行為するならば、議会の立法権委任が許容可能であることを表す。「新委任禁止法理」も論者によって多少のニュアンスの差はありえるが、「弱委任禁止法理」と同じく、議会というよりは行政機関に立法権委任に関する基準を定立させるものである。本稿では説明の便宜上、「強委任禁止法理」は「(旧)委任禁止法理」、「弱委任禁止法理」は「新委任禁止法理」と同じものと見なすことにする<sup>83</sup>。それから、「委任禁止カノン」という概念は制定法の解釈道具として委任禁止法理の原理や機能が働くことを示す<sup>84</sup>。

##### 2) 議論の展開

古典的な委任議論が長い冬眠に入っていた間、裁判所は委任禁止法理にかかわると思われる事案に対してはHampton判決で確立された「明確性原則」と「(違憲的解釈)回避カノン」を使って判決を行っていた。このことによって、「解釈権が誰にあるのか、誰によって行使されたのか」という判断から「立法権が適切に行使されたのか」へその判断の内容が入れ替えられていたことが明らかになった。通常は行政機関による法解釈権行使の適切さに対しては後述のChevron原則が適用され、行政機関に対してその基準を明確にしているのかを確認する責任が司法機関にあるとし、恣意・専断の審査基準によって解決を図ってきた<sup>85</sup>。しかし、ATA判決の多数意見はいわゆる新委任禁止法理を適用し、議会ではなく行政機関にその明確な基準を要求したと評価され、多くの注目を集めた。ここでは、その新委任禁止法理の意味をより詳しく見ることにしたい。

#### ① 新委任禁止法理の発端

いわゆる「新委任禁止法理」と呼ばれる新しい流れの起源をCass Sunstein教授は1969年のKenneth Culp Davis教授の論文<sup>86</sup>と2件の判例、つまり、Amalgamated Meat Cutters事件<sup>87</sup>とInternational Union v. OSHA事件<sup>88</sup>に見ることができるとし、ATA判決はそれらによる展開の絶頂であると評価している<sup>89</sup>。まず、Davis教授の論文を見てから、新委任禁止法理の展開状況について考察することにする。

Davis教授は当該論文で(旧)委任禁止法理はもはや死んだと宣言し、議会ではなく行政機

---

のである。」(執筆者による編集・省略あり。)

<sup>83</sup> 「新委任禁止法理」という言葉はあくまで講学上の用語であり、連邦最高裁は使用していない。その代わり、「強い」委任禁止という表現を使っている。

<sup>84</sup> 委任関連事案が解釈問題化したことによって、その機能を制定法の解釈道具が担当することになったという見解として、Cass R. Sunstein, Nondelegation Canons, 67 U. Chi. L. Rev. 315 (2000) at 315.

<sup>85</sup> Lisa Schultz Bressman, Schechter Poultry, at 1412-1414.

<sup>86</sup> Kenneth Culp Davis, A New Approach to Delegation, 36 U. Chi. L. Rev. 713 (1969). Kenneth Culp Davis, Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Louisiana State University Press (1969).

<sup>87</sup> Amalgamated Meat Cutters & Butcher Workmen v. Connally, 337 F. Supp. 737 (D.C. Cir. 1971).

<sup>88</sup> International Union v. OSHA, 938 F.2d 1310 (D.C. Cir. 1991).

<sup>89</sup> Cass R. Sunstein, Is the CAA Unconstitutional?, 98 Mich. L. R. 303 (1999) at 340-341.

関に自分の裁量の制約を課すべきであるとする新委任禁止法理を提案した。彼は議会が特に複雑な科学的問題、巨視的な流動的問題、そして特別な専門家を要する問題等については立法することができないという政治上の現実性を認めて、議会に対して具体的に立法することは期待すべきでも、期待してもならないと考えていた。行政機関に自ら裁量を制約する基準を設定するよう求める実務は、議会にそれと類似した基準を求めることと同様に、あるいはそれ以上に民主性を提供するものであると主張した。従って、彼において重要な考慮は制定法が何を言っているのかではなく、行政長官が何を言っているのかである<sup>90</sup>。しかし、当該論文の発表以来、ATA判決で議会の立法権委任を規律するために新委任禁止法理が戦略的に採用されるまでの30年間、新委任禁止法理が学問的に注目を浴びることはなく<sup>91</sup>、ただし、Davis教授の提案に影響されたかは明確ではないが、上記の2つの事件で行政機関が自分の裁量行使を制限する基準を作らないことは、デュー・プロセスに反することになると判断したことについては、最高裁とD.C.控訴裁判所も新委任禁止法理に依拠したことを思わせる意見を出していた<sup>92</sup>。

このように、新たに登場した委任禁止法理は、行政機関に規制権限が広範に付与される代わりに、行政機関の裁量に対する合理的な制約を含む基準を行政機関自ら発することを要求する。このような行政的な制約基準は制定法そのものから区別して審査されないし、むしろ制定法の広範な目的に一致して行政機関によって選択されるので、議会に対する明確性原則とは区別されるとされる。

## ② 新委任禁止法理の賛成論と反対論

最高裁がこのような新委任禁止法理について、いかなる態度を取ったのかについては評価が分かれる。上述のように、結果的にATA判決を拒絶してはいるものの、議会にその明確性提示の義務を求めて行政機関の基準提示を拒否していると言えるかまでは明らかではないからである。むしろ、後述するHard Look審査<sup>93</sup>が導入されるようになった実務は行政機関による基準要件を強化させている<sup>94</sup>。

(旧)委任禁止法理の支持者らは主に厳格な形式主義者であり、新委任禁止法理の最も厳しい批判者である<sup>95</sup>。議会が最小限度の明確性原則すらも提示しないまま、立法権の委任を許容することになると、議会は憲法に違反することになる。新委任禁止法理は(旧)委任禁止法理のもっとも重要な目的、つまり、難しい政策選択に対する議会の責任を促すことができないと指摘される。新委任禁止法理は議会の広範な政策決定の権限を行政機関に委任することを許容するので、議会は依然として難しい政策決定をすることが避けられる。委任許容論者はその機能不全を理由として(旧)委任禁止法理を否定するが、制定法を無効とすることに対する裁判所のためらいを考慮すれば、新委任禁止法理は(旧)委任禁止法理より司法的に運用しやすい<sup>96</sup>。

一方、このような解釈規範によってすべての問題のある立法権委任を制約することはできないという弱点もある。例えば、委任禁止法理は行政機関の裁量の範囲を制限することにもその目的があるが、もう一つの重要な目的である、議会が行政機関へその責任を転嫁

---

<sup>90</sup> Id. at 341.

<sup>91</sup> Lisa Schultz Bressman, *Disciplining Delegation*, at 453-454.

<sup>92</sup> *Mistretta v. United States*, 488 U.S.361 (1989), *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute*, 448 U.S.607 (1980) at 614-615. *International Union v. OSHA*, 37 F.3d 665 (D.C.Cir. 1994).

<sup>93</sup> *SEC v. Chenery Corp.*, 87 Law Ed.626 (1942). Hard Look審査についてはⅢ.3.(1)参照。

<sup>94</sup> 本稿においては以下の議論の都合上、行政基準要件の提示そのものを拒否したものではないという前提で話を進めることとする。

<sup>95</sup> Gabriel Clark, *A Weak Nondelegation Doctrine and American Trucking Ass. V. EPA*, 2000 B.Y.U.L. Rev.627 (2000) at 648.

<sup>96</sup> Id. at 647-651.

することを防ぐということは見落とされる可能性がある。議会は委任法律の可決を容易にするため、そして、その責任を回避するため、あるいは、不人気の政策の場合その関連法律制定の手間を節約するために、できる限り広範な立法権限を委任しようとするので、その責任の所在が不明になるおそれもある。

## (2) 委任議論の行方 – 憲法から行政法へ

上記の議論における共通点は、新委任禁止法理に賛成であれ、反対であれ、委任禁止法理の議論そのものの焦点やその登場場面の移動を意味している点である。違憲に、もしくは、合憲性の疑いのあるまま制定法を解釈することは禁じるという司法の制約ルールとは、出来るだけ議会の制定法を無効にすることは慎むということを指す<sup>97</sup>。このような司法制限ルールは憲法から行政法へ委任禁止法理に係る問題が移行することにつながる<sup>98</sup>。連邦最高裁の判決が憲法上求められる議会の基準を維持しながらも、行政裁量の問題に取り組む場合については、憲法に依拠するのではなく、行政法に依拠して補充的な行政基準にスペースを与えていると考えられる理論的根拠としては、その行政の基準要件が後述のChevron原則において議論されることと一致している点が挙げられる<sup>99</sup>。また、ある問題に関して行政機関への立法権の委任が黙示的に行われている場合、裁判所は行政機関の官僚による合理的な解釈に自分の制定法解釈を代替することができない点もこれを支持する。

一方、ATA判決が下されたことをきっかけに、行政基準そのものに対する議論も活気を帯びることになった。新委任禁止法理の賛成者であるSunstein教授はまず、委任禁止法理の行方について、委任禁止法理が依然として生きており、廃棄されたというよりは再配置されただけであるとしている<sup>100</sup>。彼によると、委任禁止法理が担当していた役割は、憲法、州の権限、あるいは、公共政策上インスピレーションされた委任禁止カノンによって果たされている。例えば、憲法上の「明確性原則」、「寛容のルール」、「回避カノン」あるいは「不利益解釈禁止のルール」などのような複数の解釈カノンが取り上げられるが、これらは議会が行政機関や行政府に何らかの権限を与えて決定させることを制限する点で共通している<sup>101</sup>。これらは(旧)委任禁止法理のように議会の立法権委任行為に警戒しながらも裁判所の負担をより軽減できる点や、規制国家の機能を低下させないという点で長所がある<sup>102</sup>。

そして、これは憲法上の委任禁止法理が制定法の解釈道具化され、様々な解釈道具の中からその機能が確認できるようになったことから、委任問題の行政法化と一脈相通じているように思われる。なお、古典的な委任禁止法理を復活させようとする努力よりは、それも完全に廃棄されるべきではないが、非常に極端な場面のためにのみそれを維持することが望ましいとされている<sup>103</sup>。一方、Manning教授は委任を制限する目的で回避カノンを適用するのは、むしろ憲法に違反する事になる可能性があるもので、もしこれによって委任が重要な憲法的な価値を弱体化させる場合には、最高裁は制定法を狭く解釈すべきではなく、無効にして委任を阻止しなければならないとして、(旧)委任禁止原則を生かすことを主張している<sup>104</sup>。裁判所は委任禁止法理を最も極端な委任の例に備えて保有しており<sup>105</sup>、半世紀

<sup>97</sup> Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288 (1936) at 346. (Brandeis, J., concurring).

<sup>98</sup> Lisa Schultz Bressman, Disciplining Delegation, at 459.

<sup>99</sup> Id. at 473.

<sup>100</sup> Cass R. Sunstein, Nondelegation Canons, 67 U.Chi.L.Rev.315 (2000) at 315.

<sup>101</sup> Cass R. Sunstein, Designing Democracy: What Constitutions do, Oxford University Press (2001) at 138, 147, 150.

<sup>102</sup> Id. at 152-153.

<sup>103</sup> Cass R. Sunstein, Is the Clean Air Act Unconstitutional?, 98 Mich.L.Rev.303 (1999) at 356. なお、Whitman判決のThomas裁判官の補足意見(カ)参照。

<sup>104</sup> John F. Manning, The Nondelegation Doctrine as a Canon of Avoidance, 2000 Sup.Ct.Rev.223 (2000) at 239-242.



の間にたった一人の最高裁の裁判官だけが伝統的な委任禁止法理の活躍を望んでいるに留まるが<sup>106</sup>、(旧)委任禁止法理はその実効性は別として健在であると言える。

---

<sup>105</sup> AFL-CIO v. Connally, 337 F. Supp. 737 (D.C. Cir. 1971) at 763. D.C.控訴裁判所は連邦最高裁判所が行政裁量を制約するためにほとんど基準を与えていない、最も極端な委任だけを無効として来たことを認めている。Humphrey v. Baker, 848 F.2d 211 (D.C. Cir. 1988) at 217.

<sup>106</sup> 531 U.S.457, at 486-487.

### Ⅲ. 委任立法禁止法理の行政国家における意義

委任立法禁止法理は憲法上、直接に規定されていないので、前章のようにその根拠を求めて様々な議論が行われているわけであるが、建国当時の共和主義者らが想定していた立法権の委任禁止法理は政府の各部門の支配から個人の自由を保障するためのものであったことを鑑みれば、裁判所が憲法上の抑制と均衡の原理をもって議会の立法権委任を制約するという古典的な委任禁止法理に代わり、合衆国憲法修正第5条と第14条のデュー・プロセス<sup>107</sup>条項に基づいて当該委任を根拠づけるというアプローチも選択可能である。Kenneth Culp Davis教授は新委任禁止法理を提案した論文で<sup>108</sup>制定法の明確性要件から行政的明確性の要件への転換を要請した際に、裁判所が基づくべき根拠を特定せず、ただし、「おそらく、委任禁止法理が徐々にデュー・プロセスの一面に変わるだろう。しかし、これから長らくその憲法上の根拠はコモンローという根拠に譲るだろう。」との簡潔な批評で済ませている<sup>109</sup>。それ以来、未だにデュー・プロセスが議会の立法権委任を制約するという発想は高く評価されていないと言われている<sup>110</sup>。

議会による立法権委任の根拠をデュー・プロセスに求めるのは旧・新委任禁止法理双方にとって望ましい。それは個人の自由への侵害を抑制する一方で、議会に広範な委任による便益を与えることもできるからである<sup>111</sup>。このような考え方によれば、デュー・プロセスモデルは議会に最低限の実体的基準を確立させる一方で、潜在的な行政機関の恣意性を制限する行政手続と司法審査の組み合わせを要求することで、行政法と憲法の共和主義的構想を調和することができる。このようなアプローチは議会が行政機関に立法権を委任していないという疑わしい前提に基づかなくともよいという点で、伝統的な委任禁止法理よりも原則に忠実しており説得的であると言える。また、なぜ議会の立法権委任が実際に憲法上の基準に適うのに十分に決定的な基準ではなく、ひたすら明確性原則だけを確立することを求めているのかが説明できる。新委任禁止法理との関係においてもデュー・プロセスモデルは議会の法律による委任や大統領の下部委任無しには行政機関は法を定める固有の権限を有し得ないという原則を支持する。さらに、デュー・プロセスモデルは裁判所が制定法解釈のカノンを通じて、広い委任を狭めることはしないので、新委任禁止法理における司法の統制より柔軟な統制を受ける点でデュー・プロセスモデルは新委任禁止法理よ

<sup>107</sup> [合衆国憲法修正第5条] 何人も、法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を剥奪されない。何人も、正当な補償なしに私的財産を公共の用のために収用されない。

[合衆国憲法修正第14条] いかなる州も、人から法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を剥奪してはならない。

<sup>108</sup> 彼は手続的安全装置を強調していて、手続によってこそ行政決定についての恣意性を制限することができるし、これが委任禁止法理の目的であると述べている。Kenneth Culp Davis, *A New Approach to Delegation*, 36 U.CHILL.REV.713 (1969) at 725-727.

<sup>109</sup> Id. at 733. かつて、アメリカの委任法理についての概観を行った駒村教授は委任法理とデュー・プロセスとの関係について触れた箇所、委任法理の一環としてデュー・プロセスを採用しているような印象を与える判決は存在するが、それを法理構造として扱ってはいないと指摘し、委任法理は権力分立という統治原理から由来するが、デュー・プロセスは人権であるので各々を別個のものとして議論する必要があるとした上で、手続的保障が「委任法理」の要素ではないが、立法権委任の合憲性判定基準の要素としてデュー・プロセスを含めるかは立法権委任の統制を立法次元で求めるか、執行次元で求めるかに関する今後の判例動向によって決定されるとした。駒村圭吾 「アメリカ合衆国における『立法権委任法理』の展開(2)」法学研究67巻4号(1994)56頁。

<sup>110</sup> Evans. J.Criddle, *When delegation begets domination: Due process of Administrative Lawmaking*, 46 Ga.L.Rev.117 (2011) at 122. (以下、delegation begets domination) 同じ意見として、Lisa Schultz Bressman, *Schechter Poultry*, at 1416-1418. なお、Bressmanは、新委任禁止法理は権力分立と明確な関係をもっている訳ではなく、デュー・プロセス条項からその法的根拠を見つけることができるとし、行政基準要件は行政機関の組織法に内在されていることもあれば、行政手続法(APA)から導き出すこともできると提唱している。

<sup>111</sup> Evans. J.Criddle, *delegation begets domination*, at 185.

り遥かに優れている。デュー・プロセスモデルでは明確性原則を確定する責任をそれぞれが属しているところ、つまり、抑制と均衡の原理によって議会と大統領にその責任を託すことで、司法の役割を議会が明確性原則、公正・熟議的な行政手続、政治的責任に対する司法審査のような構造的制約を確立しているのかという評価に限定する<sup>112</sup>。

本章ではデュー・プロセスと委任禁止法理との関係において近時の議論の展開を考察し、委任に関する議論の関心が行政法へ移行したことは各部門間の関係にいかなる変化を招いているのか、また、最高裁の新委任禁止法理の拒絶は妥当な判断であったのかを探ることにする。その作業のために、最近まで注目されなかったと言われるデュー・プロセスのフレームに焦点を合わせることにする。つまり、議会は行政機関の恣意に実体的制約を十分に与えるための明確性原則を満たさなければ委任できないという実体的デュー・プロセス、行政機関がその立法権限を合理的な熟考と正当性として特徴づけられる自由補強手続を通じて行使しなければならないという手続的デュー・プロセス、最後に、委任の際に行政機関の立法担当者は重い政治的責任が持たされ、行政機関の行為によって不利益を受ける人々が司法審査を通じて、その委任の憲法上の妥当性を検証する機会が与えられるという構造的デュー・プロセス、この3つの次元の憲法上のデュー・プロセスの可能性を確認することが本章の目的である<sup>113</sup>。

## 1. 行政立法と委任の内容【実体的デュー・プロセス】

連邦最高裁は不明確に規定された委任立法は行政の恣意という違憲のリスクをもたらすため、合衆国憲法修正第5条と第14条のデュー・プロセス保障に反するという立場を採っている<sup>114</sup>。議会の役割は立法権と行政権との間に侵害してはならない限界を引くことではなく、行政府が制約のない立法権を行使できないようにその実体的な基準を確立することである。かような実体的デュー・プロセスと伝統的な明確性原則要件との間をリンクする共和主義的発想を認識することで、現代の委任法理を補うことができる<sup>115</sup>。その明確性を確保するためにはそもそもその議会の意図とはいかなるものであるのかを確認しておく必要があるが、これについては、大陸法的理解とかなり対照的なのでその比較を通じて行うことにする。なお、そもそも不明確な言葉に立法権を委任するという意味が潜まれているという想定そのものがフィクションではないかという議論も併せて紹介することにしたい。

### (1) 明確性原則

上記で見たように、制定法に行政活動の指針になるほどの明確性・理解可能性が含まれていれば、権力分立の観点から本質的な立法権(Legislative Power)<sup>116</sup>の放棄にはならないというのが「明確性原則」であるが、そもそも「本質的な立法権」とは何を意味するのかを確認しておく必要がある。古典的な議論では権力分立の原則の形式主義を中心に立法権委任の正当化を行う議論が優位を占めていた。形式主義は憲法の権力分立が確認可能で実行

<sup>112</sup> Id. at 186.

<sup>113</sup> Id. at 158. 本章の骨格はEvans.J.Criddleの論文の一部を借りているが、その細部の構成・内容は必ずしも一致しているわけではない。

<sup>114</sup> Richard B. Stewart, The Reformation of American Administrative Law, 88 Harv.L.Rev.1669 (1975) at 1676-1681. Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatise (5<sup>th</sup> ed. 2010) at 737. Id. at 159.

<sup>115</sup> Evans. J.Criddle, delegation begets domination, at 166.

<sup>116</sup> 委任立法の問題は憲法上の議論でバランスが難しい上に、一貫性もなく、不規則的なものとして有名であるが、より不明確であることには、同じルール、慣行、現象、それから概念的な枠組でも多様な論者によって無差別的に、時には相互に交錯して立法権(power(s)), 立法権能・権限(authority), 立法機能(function(s))等と表現されるといわれている。Bogdan Iancu, Legislative Delegation -The Erosion of Normative Limits in Modern Constitution-, Springer (2012) at 3. 酷い場合には同じ文脈で使われる際すらも完全に同語ではなく、他方で、複数あるいは単数の形態の区別が少なからぬ意味の違いを示すこともあるようであるが、本稿では特に断りのない限り使い分けは行わない。

可能な分立のルールを容易に確立できると想定し、ある部門の権能が憲法上の三つの部門、すなわち立法、行政、司法の中の一つにあたるか、それともその逸脱に明確な憲法上の授權があることを要求する。これらは権力分立の目的が自由をよりよく保護するためのものであるので、たとえその結果として生まれた分離が非効率的に働くとしても厳格な分立を強調する。その一方で、機能主義は元々の憲法上の全体的な授權条項の構造の根底にある政策に反しない限り、抑制機能が権力分立の形式性に優位するとする。すなわち、議会が全体的な抑制システムを維持さえできれば、政府部門が活動を行う広い権限を持つことを許容する。それとは対照的に、形式主義者たちは立法府の規制や行政府あるいは司法府の機能に対するある形式の監視・監督を部門に対する侵害と同視するきらいがある<sup>117</sup>。機能主義の立場からは権力分立の違反の判断基準は「本質的な機能」を侵害しているのかである。つまり、機能主義者は憲法を権力の分立ではなく均衡を強調するものであり、形式主義は分立自体を強調するものであると言える。連邦最高裁は基本的に形式主義より機能主義の立場を採っているものとして知られている<sup>118</sup>。以下では、この「本質的な機能」と言うのは具体的に何を意味しているのかを検討する。

### 1) 「本質的な機能」の意味

「本質的な機能」の意味を確認するために、アメリカの委任禁止法理に係る議論とその内容が類似しているものとして知られているドイツの法律留保論における本質性理論との比較が参考になるので<sup>119</sup>、以下で簡単に検討しておくことにする<sup>120</sup>。

ドイツではアメリカのような委任禁止法理に係る議論への関心は寄せられておらず、逆にアメリカでもドイツでの法律留保論のような議論への関心は寄せられないと言われている。委任禁止法理は上記のように権力分立、法治主義、法の支配(rule of law)、民主主義のような概念と非常に密接な関係を持っているが、これらの概念はそれぞれの国で少しずつ違う意味で働いているからである。根本的な相違点はアメリカと違ってドイツでは連邦基本憲法第80条<sup>121</sup>で委任立法の根拠を明確に置いていて、委任自体が始めから禁止されているわけではない点である。すなわち、ドイツではすべての立法活動が立法府にだけ許容されているのではなく、立法府と行政府の相互における役割の均衡を憲法が規定しているのである。民主主義の原則は立法府がすべての重要で本質的な問題を決定することを要求する。このような「本質性」は憲法上の最小限の基本権の活性化を反映するものでなければならない<sup>122</sup>。

一方、アメリカの委任禁止法理に係る議論では権力相互間の抑制と均衡を通じた権力統制が主な 이슈になる。基本権等の実体的な内容よりも、権力分立がうまく機能して権力の統制がよく成り立つことで議会が目的としたところが問題なく果たせるか否かに基本的な関心が置かれている。これはアメリカで憲法そのものが1937年以来「実体的デュー・

<sup>117</sup> John F. Manning, Separation of Powers as Ordinary Interpretation, 124 Harv.L.Rev.1939 (2011) at 1959-1960.

<sup>118</sup> Robert L. Glicksman & Richard E. Levy, Administrative Law: Agency Action in Legal Context, Foundation Press (2010) at 67-68.

<sup>119</sup> ドイツの「本質性理論」の形成過程でアメリカの委任禁止法理が参照されたという指摘として 大橋洋一『行政法学の構造的変革』(有斐閣、1996) 27-28頁。

<sup>120</sup> 以下、概して、中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ：法律留保の多様性、およびアメリカの行政法における法律の留保について」神戸法学年報第14号 (1998) 125-225頁参照。Uwe Kischel, Delegation of Legislative Power to Agencies: a Comparative Analysis of United States and German Law, 46 Admin.L.Rev.213 (1994) at 213-256.

<sup>121</sup> 連邦基本憲法80条[法規命令の制定] ① 連邦政府・連邦長官又は州政府は法律によって法規命令を制定する権限の委任を受けることができる。この場合、委任された権限の内容、目的及び範囲は法律において確定されなければならない。法規命令にはその法的根拠が明示されなければならない。委任を受けた権限は再委任することができることを法律が規定している場合には、再委任のための法規命令が必要である。

<sup>122</sup> Uwe Kischel, Id. 121, at 247.

プロセス」を好まなくなり、手続的な安全装置を基本権保護に充てていることと無関係ではないと思われる<sup>123</sup>。このように民主主義、権力分立、法の支配という憲法原理が形式的に徹底されればされるほどラディカルな委任禁止へ流れるようになる。また、ドイツと異なりアメリカで立法府が放棄できない本質的な部分は「立法政策の決定及び明確で拘束力がある行政準則としてそれを定式化して宣言すること」となっている。ドイツでの基本権の考慮は本質性理論の核心を形成し、意図的に基準と委任の法全体に影響を及ぼすが、アメリカではこのようなアプローチは稀であり、殆ど注目されず、制定法の解釈に局限される<sup>124</sup>。結局、ドイツ型委任理論がアメリカに適用されても、アメリカの憲法には実体的な権利内容が不足しており、その効果はあまり期待できないと言われている<sup>125</sup>。

日本での議論においては、権力分立の原理の体現としての「立法権委任禁止」という概念に関しては「立法権の放棄禁止」という表現として主に法律留保論と関連して現れることが多い。中川丈久教授は従来の日本行政法が土台にして来た法治主義はその起源として言われるオットー・マイヤーの法律の支配3原則を意味するが、その原意は立憲君主制における権力分立レベルで想定されたものであるので、日本国憲法の下では再解釈されるべきであるとし<sup>126</sup>、その代替として「独占的権能分配としての権力分立」と「多極的意思形成型としての権力分立」モデルとを提示している。「独占的権能分配としての権力分立」モデルとは立法権による行政過程の中での権利義務の創出、立法権放棄禁止(白紙委任禁止)、司法権の占奪禁止、行政権の占奪禁止をその内容とするものである。このモデルは統治権を複数の権能に分割し、それを各々の国家機関にそれぞれ独占的・排他的な権能として分属させ、それが放棄ないし占奪されることを禁止することで分立が強調されるものである。一方、分離と隔離ではなく各部門がそれぞれの「憲法上の権限」を行使し、その協働あるいは対抗を通じて行われる「多極的意思形成過程」としての権力分立がある<sup>127</sup>。前者の内容の中で立法権の放棄禁止は法律留保論(完全全部留保説、重要事項留保説)の本質性留保説的な問題関心と重複することがあるとし、その結果、実体的ルールの望ましい稠密程度(政策的稠密度)はどれくらいかに終着するとされている<sup>128</sup>。

---

<sup>123</sup> 憲法裁判所は実体的な価値を直接保障するのではなく、社会構成員たちがその価値に接近できる手続的方式を保障するに止めなければならない。大沢秀介(訳)『司法積極主義の神話：アメリカ最高裁判決の新たな理解』(慶応義塾大学出版会、2011) 122頁。[原書：Kermit Roosevelt III, *The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions*, Yale University Press (2008)]. 憲法が民主的ガバナンスにおける重要な問題の多くをオープンな状態にしておくので、憲法の意味を展開するのに補充的な役割を果たす部門の慣行と公的規範を確立する必要がある。憲法は実体的な権利の創設や、私的当事者の行為の管理をするものとは解釈されず、社会における家族医療、自由市場、高齢年金に対する権利から実証され確立した権利は憲法上の文言や構造から確実に依拠されたものではないと言われている。William N. Eskridge & John A. Ferejohn, *A Republic of Statutes: The New American Constitution*, Yale University Press (2010) at 6.

<sup>124</sup> Uwe Kischel, *Id.* 121, at 240.

<sup>125</sup> *Id.* at 251. 主要な(major)社会的な選択を行政機関に委任することはニュー・ディール時代の例を見れば分かるように、司法によって非好意的な審査を受けるが、ある者はもっとも基本的な(primary)社会的選択は社会において本質的な選択であるとし、結果的にこの構想が本質性理論と類似していると考えられる。しかし、基本的な社会的選択という概念はより些少な問題に対するもので、重みのある政治的に意味のある主要な問題と関わる。*Id.* at 241.

<sup>126</sup> 中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ：法律留保の多様性、およびアメリカの行政法における法律の留保について」神戸法学年報第14号(1998) 135頁。アメリカでも法律留保論が議論の対象となる場面はそれ程多い訳でもなく、あるとしたら、主に立法的規則と非立法的規則の区別問題、政府契約の根拠法の要求問題くらいであるとされている。同、172-173頁。

<sup>127</sup> 中川、同、146、149頁。

<sup>128</sup> 中川、同、131、206頁。

## 2) 明確性原則の内容

明確性原則は前述したHampton判決でその言葉の明確な言及があつて以来、その後のPanama Refining判決とSchechter Poultry判決で、権力分立原理の観点で本質的な立法権の放棄は許されないこと、そしてそのような本質的な立法権の放棄に至らない条件と権限行使の基準を委任法律の中に設定することという、2つの条件が確立された<sup>129</sup>。繰り返しになるが、ATA判決はこの二番目の条件の名宛人を行政機関にし、行政機関が自分の行動に規則性と正当性を与えようとしたものである。

では、そもそもなぜ明確性原則が立法権委任の正当性を測る基準になるのか。その説明としては、明確性原則が単に言葉の具体的な内容に同意することを立法者に求めることで、委任禁止原則は連邦法の立案にかかる負担とコストを発生させるという点が挙げられる。そのような負担とコストは個人の自由を保障するための重要なものとして考えられるが、それは、具体的な言葉への立法部の同意によって確立される真なる意見と中央政府の権力とが一致しない限り、個人を拘束することはできないことを保障するからである。政府の権限が事前に規定された明確な制約に縛られることを保障する点で、委任禁止法理はさらに法の支配の価値を促す。また、明確な立法を要求することは熟議民主主義の提供という憲法上の目的達成に近づいていくことで、憲法の草案者が一番恐れていた党派的な権限と自己利益代表という問題に対する監視・統制として考えることもできる<sup>130</sup>。

## (2) 議会の意図とフィクション

### 1) 議会の意図 -委任法理とChevron法理の比較-

1984年のいわゆるChevron判決で、連邦最高裁は裁判所ではなく行政機関が規制法規に対する解釈権限を持っていると明確に述べた<sup>131</sup>。Chevron法理とは、議会が争点になる問題について直接に言及していて議会の意図が明白であれば、裁判所は行政機関に謙譲せずに条文に従って判断するが(第1段階)、議会が問題を直接扱っておらず、法が特定の争点に関して明確にしていなかったか、もしくは曖昧な場合には裁判所は自らの解釈を代替するのではなく、行政機関の判断が許容可能な解釈に根拠付けられていれば行政解釈を尊重し、その合理性が見えない場合には恣意・専断性のある判断として扱う(第2段階)という法理である。第1段階の審査の焦点である議会の意図の明確性の判定方法は、法律の文言と構造を中心とする判断代置型審査であり、第2段階はその解釈が法の目的に相応しいのか、法律解釈の変更に理由はあるのかなどを審査する合理性審査で行われる。ATA判決のWilliams裁判官の多数意見はこのChevron判決に基づいたものであったが<sup>132</sup>、行政機関が合憲性の問題を提起することを回避するためになぜ行政機関が自らの権限を限定して解釈すべき義務を負うのかについては明示しなかった。これに対してScalia裁判官はChevron法理における謙譲は、制定法を解釈する排他的権限が裁判所にあるという普遍的なルールから逸脱したものであり、それが違憲性を避けるように制定法を解釈する権限を行政機関に与えたものではないのでWilliams裁判官の判断は過ちを犯しているとした。すなわち、解釈の違憲性を回避するために限定解釈を採用する主体は裁判所であって、行政機関ではないということである。これは関連行政機関によってどう解釈されるかによって制定法の委任禁止法理に基づく違反の有無が左右されることになるので、論理の飛躍があることは否めないと思われる。ここでは、連邦最高裁と控訴裁判所の判断が分かれていたChevron法理と委任禁止法

<sup>129</sup> 駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法権委任法理』の展開(二・完)」慶応義塾大学法学研究 67巻4号(1994)。なお、連邦最高裁は、明確性原則は議会が法を制定する権限を委任するはずがないし、よって、その法律を施行する政策と規則が制定できる権限以上のものは委任しないはずであるとする理解を促している。Loving v. United States, 517 U.S.748 (1996)。

<sup>130</sup> Cass R. Sunstein, Designing Democracy: What Constitutions do, Oxford University Press (2001) at 141.

<sup>131</sup> Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S.837 (1984).

<sup>132</sup> ATA判決分析のWilliams裁判官の多数意見参照。

理の関係について探ることとする<sup>133</sup>。

両者は相対的な性質を持っているが、Chevron法理がより非民主的な裁判所からより民主的な行政機関にその権限を移転する反面、委任禁止法理はより民主的な議会からより非民主的な行政機関へその権限を移転することになる。ここでは法文の不明確性が大事なポイントになるが、Chevron法理において不明確性は行政機関に権限を委任するという議会のサインであり、委任禁止法理では議会意図の欠如を現すものとして委任を否定するサインになる。すなわち、委任禁止法理では議会の意図が明確性原則によって証明される反面、Chevron法理では不明確性によって議会の意図が証明され、これが証明されれば、行政機関がその法が何を意味するのかを決めることができる<sup>134</sup>。このような相対的な関係からすると2つとも議会の意図というフィクションに本質的に依拠しているという点、制定法上の欠缺を埋めるために行政機関に依存する傾向がある点が共通している。

もっとも、両者は同時に緊張関係にもある。まず、Chevron法理が生まれた背景は論理上の必然性から帰結されたものと言うより、現実の必要性によるところが大きく<sup>135</sup>、そのために多くの規範的批判も行われてきている。根本的なものとしては、議会の制定法を解釈することを許すことで、広範な政策決定権限を行政機関に与える上に、また法の解釈における裁判所の伝統的な役割を奪ったという点で権力分立の原理に反するという主張が挙げられる。委任禁止法理の下での司法謙譲の結果、議会は最も曖昧な目標を設定するに止まり、その目標をいかに達成させるかは行政機関に無制約に近い権限を与える制定法を定めることで、行政機関はこのように広範に規定された制定法を解釈する規則を発するよう強いらられる。一方、Chevron判決の謙譲的な解釈態度は過度な委任を防ぐための司法的な安全装置を解除するものであり、委任禁止法理の下で議会にとてつもなく曖昧な指針だけをもって行政機関に授權することを許容し、一旦行政機関がその権限を行使してしまうと、Chevron法理が働く段階で裁判所がその意図について判断したのでは適切な救済に間に合わなくなると批判される<sup>136</sup>。

しかし、両者は衝突のモメントだけでなく、司法府による行政府への支持と調和という全体的な脈絡で理解することも必要である。議会が行政機関への権限の委任における不明確性の存在を制度化することによって行政府への支持を示す。このような不明確性の制度化がたとえChevron法理が伝統的な法原則から逸脱し、権力分立の問題を提起するとしても委任禁止法理の発展から生じた論理必然的な帰結と言う見方からは<sup>137</sup>、委任禁止法理がChevron法理の正当化の一つの根拠として挙げられると言える。ただし、現代行政国家にお

<sup>133</sup> Chevron法理に関する先行研究は多数あるが、さしあたり、紙野健二「アメリカにおける謙譲的司法審査理論の構造」大阪経済法科大学法学研究所紀要15号（1992）；同「アメリカにおける謙譲的司法審査理論の展開(1)(2・完)」大阪経済法科大学法学論集28・29号（1992）；上野恵司「行政機関による制定法解釈」早稲田大学大学院法研論集66号(1993)；同「アメリカ合衆国における行政解釈に対する敬譲型司法審査—Chevron原則の意義とその運用(上)(下・完)」上智法学論集48巻1号(2004)・2号(2005)；筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(1)～(4・完)」自治研究86巻8・11号(2010)等。

<sup>134</sup> Patrick M. Garry, *Accommodating the Administrative State: The Interrelationship Between the Chevron and Nondelegation Doctrines*, 38 *Ariz.St.L.J.*921 (2006) at 952.

<sup>135</sup> *Id.* at 957. Chevron判決に先立って現代行政国家の出現による行政の政策決定現象と裁判所の義務は、そこにおいて議会が重要な指示を与えなかったことを補充することを目標として、単に行政機関の行為がその裁量の範囲内のものであることを保証するだけであるという状況のなかで、「本当に必要」だったから現れたとされている。Henry P. Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 *Colum.L.Rev.*1 (1983) at 33. 因に、Chevron判決でStevens裁判官が謙譲の根拠として、まず、議会が規則制定責任を行政機関に委任するときに、裁判所はそれが恣意・専断的であるか、もしくは制定法に反しない限り、従うべき義務がある点、そして、解釈が衝突する政策を調和させることを含めるとその専門的判断に謙譲すべきである点、それから一番根源的な理由として、行政機関がより直接に国民に対して責任を取る点で、より正当な政策調整者である点があると述べている。Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S.837 (1984) at 844-845, 864-865.

<sup>136</sup> Patrick M. Garry, *Id.*134, at 957.

<sup>137</sup> *Id.* at 958.

いてはこのような両者の緊張関係がより緊密に維持されなければならないと思われる。

## 2) 議会の立法権委任というフィクション

### ① 最高裁の推定

Chevron判決で最高裁は「制定法の意味が解釈できない場合に、議会は行政機関に解釈権限を委任することを意図している」ということを裁判所の行政解釈への謙譲の正当化の理由とした<sup>138</sup>。最高裁は実際に議会が具体的な事例で解釈権限の委任を意図していたのかを審査しなかったが、制定法の不明確性を根拠に包括的な推定を導き出した。このような推定は最高裁が実際に立法意図を審査するわけではなく、立法意図があると推定しているという意味でフィクションである<sup>139</sup>。

### ② 最高裁の推定に対する批判 -リーガル・フィクション-

上記のような最高裁の推定について、議会在制定法に関わる問題の解決が困難であるたびに、いつも行政機関に解釈権限を委任するとは意図していないし、もしそうであるとしても、裁判所の司法審査も同様に意図しているはずであると指摘する批判がある<sup>140</sup>。その根拠として、議会はすでに規制権限を明示的に委任する方法を分かっているのに、自ら努めて立法権限の黙示的な委任はしないはずであると主張している。また、APAは「法に関連するすべての問題を考慮するように」と審査裁判所に指示しているが<sup>141</sup>、これはAPAを定める際に議会が裁判所に常に法の問題については独立的な判断をし、なおかつ、行政の事実発見や政策決定には敬譲を予定していたことを意味するので、黙示的に委任を意図していたとするとAPAの趣旨と一致しないことになる点もその理由として挙げられている。

次に、裁判所が現に議会がいかなる特定状況で解釈権限を委任しようとしていたのかについて審査しないことを挙げて、Chevron判決の議会による委任というフィクションは偽りであると指摘する<sup>142</sup>。司法府は場合によっては不明確な制定法の解釈の際により具体的な質問を行い、議会の委任の存在を否定するケースはあるが<sup>143</sup>、批評家らは最高裁がその決定に手続的な形式性、行政機関の熟考、政治的責任、全国統一性など、議会の本当の意図と関連のない要素によって、自らが最善であると思う解釈権限の配分が反映できる要素を考慮に入れており、その解釈権限の委任を意図したかについては実際のところ調査していないと主張する。このようなフィクションは単に他の規範的価値、より悪い場合には、イデオロギー的な好みのためのものであって、最高裁の解釈構造の正当性を弱めるだけであるとしている<sup>144</sup>。

---

<sup>138</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S.837 (1984) at 842-844.

<sup>139</sup> Lisa Schultz Bressman, Reclaiming the Legal Fiction of Congressional Delegation, 97 Va.L.Rev. (2011) at 2012-2013. (以下, Legal Fiction) このような種類のフィクションは法現実主義運動以後行われた実際の立法意図の調査からの一般的な離脱を反映するが、特にBreyer裁判官はこの類のフィクションの指導的な擁護者である。また、Chevron法理における委任の合理性をフィクションとして性格付けるものとして、Iner Elhauge, Preference-Estimating Statutory Default Rules, 102 Colum. L. Rev. 2027 (2002) at 2132; Gersen & Vermeule, Chevron as a Voting Rule, 116 Yale.L.J.676 (2007) at 689; Thomas W. Merrill & Kristin E. Hickman, Chevron's Domain, 89 Geo. L.J.833 (2001) at 871-872.

<sup>140</sup> Lisa Schultz Bressman, Legal Fiction, at 2025-2027.

<sup>141</sup> 5 U.S.C §706.

<sup>142</sup> Lisa Schultz Bressman, Legal Fiction, at 2025.

<sup>143</sup> Gonzales v. Oregon, 126 S.Ct.904 (2006). 詳細は参照、III.2.(4) 2)。

<sup>144</sup> Lisa Schultz Bressman, Legal Fiction, at 2031-2033.



### ③ リーガル・フィクションというフィクション

このような議会の立法権委任というフィクションへの異議に対しては、いくつかの実証的な調査結果を加えた次のような再反論が行われている。

まず、議会は立法時に特定の言語を選択する際にすでに解釈権限の委任を念頭に置いていることが分かった。Nourse教授とSchacter教授は立法府の職員とのインタビューを行い、特に議会が特定の言葉を選ぶ時に、解釈権限の委任に取りかかっていることを確認した。これによると、「皆においてすべてを意味する言葉」を選択することによって、議員には自分の望む方向へ法を方向づけることができることが分かっていた<sup>145</sup>。このような結果は、制定法の不明確性が包括的な委任の推定の否定を意味するものというより、むしろ解釈権限の委任のことを念頭に入れて、意図的に行っていることを示す。これを裏付けるもう1つの事例研究がある<sup>146</sup>。その調査によると、議会は最高裁を含め、裁判所と行政機関を部門のその相対的な属性に基づいて、互いを代替物として考えており<sup>147</sup>、どちらの部門に解釈権限を握らせるかは議会の制定法上のデザインにかかっていることが分かっているとしている<sup>148</sup>。議会は自分が置かれている状況によって、解釈権限の割当は中道的な立法者が政策安定性(裁判所)を望んでいるのか、それとも一貫性(行政機関)を望んでいるのかを基準に選択することができる<sup>149</sup>。同じ理由で、大統領の出身政党が議会の多数党である間は執行府所属の行政機関により多くの権限を委任するが、逆に議会は委任を欲しがらる大統領が反対政党の出身である場合には法律によって大統領の解任権から保護される公務員が運用する独立行政機関に委任する<sup>150</sup>。このような与党の議員数より野党の議員数が多い議会では同意を獲得するために曖昧な言葉を選び、それによって解釈権限が行政機関や裁判所に委任されるようになる<sup>151</sup>。

なお、このように立法権の委任が頻繁に行われる理由として、多くの政治学者は議会が具体的で正確な法を制定できるが、彼らの有権者が望んでいるすべての政策が寄せられること、複雑な政策の領域でコンセンサスを得る時間をはじめ立法時間を節約する必要があること、行政機関の専門知識を利用する必要があること等の理由で立法権を委任していると考えている。一方、政治学者らは議会が行政機関による制定法の執行を監督するためには行政手続が役立つと断言しているが、特に、告知及び意見聴取規則制定(Notice-and-Comment Rulemaking)手続が効果的にその機能を担当することができている。このことは、最高裁の考慮要素が合理的熟考、手続的公正性、政治的責任のような規範的価値を提供し、司法的不確実性や論理の複雑性のような制度的コストを減らす

<sup>145</sup> Victoria F.Nourse & Jane S.Schacter, *The Politics of Legislative Drafting: A Congressional Case Study*, 77 N.Y.U.L.Rev.575 (2002) at 596-597.

<sup>146</sup> Margaret H.Lemos, *The Other Delegate: Judicially Administered Statutes and the Nondelegation Doctrine*, 81 S.Cal.L.Rev.405 (2008) at 434.

<sup>147</sup> これは、一種の立法ゲームを想定すると理解しやすい。法律のテキストの解釈者を統制したい時には法草案者が内容をより具体化する。すなわち、立法者が裁判官を統制するのが厄介で、また異なった選好を持っている場合、かなり詳しい内容を決めて立法することができる。このような立法の具体化は立法者には大きいコストを要するが、不忠の裁判官と他の解釈者への統制度は高まる。Tom Ginsberg & Robert D. Cooter, *Leximetrics: Why the Same Laws are Longer in Some Countries than Others* (June, 2003). U Illinois Law & Economics Research Paper No.LE 03-012, at 13.

<sup>148</sup> Lisa Schultz Bressman, *Legal Fiction*, at 2037.

<sup>149</sup> Lisa Schultz Bressman, *Chevron's Mistake*, 58 Duke L.J.549 (2009) at 568-569. (以下、*Chevron's Mistake*)

<sup>150</sup> David Epstein & Sharyn O'Halloran, *Delegating Powers*, Cambridge University Press (1999) at 131-133, 154-155. さらに参照、David Epstein & Sharyn O'Halloran, *The Nondelegation Doctrine and the Separation of Powers: A Political Science Approach*, 20 Cardozo L.Rev.947 (1998) at 950. (立法者らは通常の立法プロセスが執行行政機関による規制的政策決定に比べて最も非効率な問題を委任する。)

<sup>151</sup> Victoria F. Nourse & Jane S. Schacter, *The Politics of Legislative Drafting: A Congressional Case Study*, 77 N.Y.U. L.Rev. 575 (2002) at 596, William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press (1994) at 38.

という点で、このような最高裁の対応と立法利益はその方向が一致していると言える<sup>152</sup>。

#### ④ 規範的存在としてのフィクション

いかなる制定法であってもその立法史を完全に再現することは不可能なので、すべての解釈システムはフィクションに依拠する。Bressman教授は、最高裁は確かにフィクションをその前提としており、議会が現にどのような特定状況でその解釈権の委任を意図しているかについては関心がないが、それは他の制定法の意味を解釈する場合にも、すなわち、通常の解釈をするときにも制定法のテキスト、制定法の文脈、それから立法史を含む利用可能な資料から推論することといささかも変わらない、通常のフィクションであるとしている<sup>153</sup>。このフィクションはその存在自体が重要な規範的な価値を提供し、議会が立法過程でその役割を維持していることを保障することで、最高裁の体制が権力分立にコミットすることをフォローすることができるとされている<sup>154</sup>。

#### (3) まとめ

Whitman判決は権力分立の観点から最も望ましいことは非選出の裁判官ではなく民主的に選出された議会が、伝統的な通路を通してCAAを修正することであると提案している<sup>155</sup>。委任禁止法理の実体的デュー・プロセスを追求するためには、まずその内容を確認することが必要であったので、委任の出来ない議会の本質的な機能とは何なのか、また、種々の推測だけが飛び交わされている議会の意図は現に実在しているのかを考察した。その結果、議会の意図の実体を把握することは現に不可能に近いということが分かった。というのも、アメリカでは大陸法系とは異なって、手続的デュー・プロセスを通じて個人の権利と自由の保障を図っているので、その実体の把握が難しいし、各部門が想定している議会の意図は、その存在の規範的意味は認めるにしても、その実体は各部門の思惑に過ぎないからである。さらに、判例からも分かるように、実務上「明確性」を議会へ求める慣行はほぼ諦められているので、手続的デュー・プロセスと構造的デュー・プロセスの側面での異なった方法を講じない限り、実体的デュー・プロセスを充実させることは難しいと思われる<sup>156</sup>。

---

<sup>152</sup> Lisa Schultz Bressman, Legal Fiction, at 2042, 2046.

<sup>153</sup> Id. at 2050.

<sup>154</sup> リガール・プロセス学派の中心にいるHartとSacksは議会が常に一貫した意思を持っているわけではなく、数人の議員が互いに異なった目標を持って票決に携わっており、その目的の中で幾つかは私益のためのものであると理解した上で、裁判官が内部的に一致する公共目的を議会から探し出すべきではないとした。裁判官が制定法を内部的に一貫性がある、公共目的を発展するよう意図されたと解釈すると、むしろ司法府の機能と法秩序により適切な結果を来すことが出来るとし、フィクションの規範的な機能を認めている。Eben Moglen & Richard J. Pierce, Jr., Sunstein's New Canons: Choosing the Fictions of Statutory Interpretation, 57 U.Chi.L.Rev.1203 (1990) at 1212.

<sup>155</sup> Darren Summerville, The Nondelegation Doctrine After Whitman v. American Trucking Associations: Constitutional Precedent Breathes A sigh of Relief, 18 Ga. St.U.L.Rev.627 (2001) at 661.

<sup>156</sup> 同旨、Evans. J.Criddle, delegation begets domination, at 167.

## 2. 行政立法と解釈主体【構造的デュー・プロセス】

議会による明確性原則の実体化が諦められているとして、それによる欠如はいかにして補われるべきかが問われなければならない。委任禁止法理の衰退以来、裁判所はこのような重要な目的を制定法解釈によって達成して来た。

デュー・プロセス条項による議会の立法権委任に対する実体的かつ手続的な制約は、それに対する司法府の審査が予定されていなければ実務ではほぼ無意味に近い。裁判所は少なくとも、議会による立法権の委任が憲法の範囲内にあるものであるのか、制定法の言葉は行政機関によって適切に解釈されているのか、行政機関はその際関連する手続的要件に従っているのか、等を審査しなければならない。このような司法審査の構造が憲法上の有効な議会による立法権の委任に必要な構成要素であるとする判例を支える<sup>157</sup>。その一方で、行政機関が制定した規則に対する厳しい審査、例えばHard Look審査のようなものは、規則制定のコスト増加や、審査に政治的偏見をもたらす可能性などによって懸念されることもある。このように司法審査は、高度に複雑で重要な公共政策決定を非選出職の行政機関に委任するというリスクの代わりに払われる代償、言い換えれば、恣意的な行政立法から公衆を保護するための代償であると理解される。

多数の学者や法律家は制定法の具体的な内容を補う能力に関して、行政機関と裁判所について異なった評価を下している。特に行政機関の立法と解釈における裁判所のあり方は最も議論を呼んでいる問題の1つになっている。以下では、制度理論(Institutionism)という範疇で解釈主体の制度適性(Institutional Competence)によって解釈権限の適所を判断するという議論を検討する。なお、一見相反しているように思われる委任禁止法理と裁判所による法解釈の謙譲との関係をいかに両立させるかの糸口として、制度転回(Institutional Turns)と解釈の謙譲の関係を明らかにすることにしたい。

### (1) 制度転回と制度適性

#### 1) 制度理論と制度適性<sup>158</sup>

現代行政国家で際立って多くなった規制規則とその解釈の難解さは立法当時の立法府が予想できなかったことによる不明確性、執行過程で生じる不明確性、執行可能性の不明確性、それからその結果の不明確性等、数多くの不明確性と関連している。制度理論の基本的な考え方はこのような不明確性の原因になりうる様々な変数、例えば、取引コストや関係当事者が持っている資源の限界、各制度が持っている能力・可能性等をそれぞれ評価し、その資源と能力に応じて所与の権限を適材適所に配し、不明確性を減らすことである<sup>159</sup>。制度適性というアイデアはリーガル・プロセス学派に由来するものであり、彼らは専門知識と政治的独立性が社会的・経済的プログラムの効率的な運営のために必要な条件であると前提付けていた<sup>160</sup>。彼らは公益の向上を目標にしている政府が果たすべきことについて、各機関が特別な適性や専門知識を持ち、何が最高の政策であるのかではなく、いかなる制度がどういう決定をするのか、あらゆる制度が互いにどう絡み合うべきかに良き政府の核

<sup>157</sup> South Dakota v. U.S. Department of the Interior, 69 F.3d 878 (8th Cir. 1995) at 884-885.

<sup>158</sup> ここで制度とは「議会、行政機関、裁判所、あるいは分権的決定のメカニズムとしての市場のように、一定のルールに基づいて特定の機能を担う仕組み」であるとする定義による。藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号(2010) 150頁。

<sup>159</sup> Douglass C. North, Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University Press (1990) at 6. これから議論する制度適性への注目は元々リーガル・プロセス学派によるものであつるが、最近の議論は法経済学に影響されていると思われここの引用文に依拠した。これに関してはまだ議論が不足しており、今後の課題として残さざるを得ない。

<sup>160</sup> Jeffrey Rudd, The Evolution of the Legal Process School's "Institutional Competence" Theme: Unintended Consequences for Environmental Law, 33 Ecology L.Q. 1045 (2006) at 1050.

心があると思っていた<sup>161</sup>。従って、彼らが想定していた制度適性とは、増えて行く社会の複雑性とますます変わっていく社会的条件に対して効率的に応じるために必要な専門知識を処理する能力の適格性である。

このような制度適性はいわゆる「応答的法」の特徴をよく現している<sup>162</sup>。これは後述する手続的デュー・プロセスの議論とも関係があり、ここでの議論の理解にも役立つので、以下の4つの特徴に触れておく。まず1つ目は、法的論証における目的の優位である。これは法に法外的要素、つまり目的を持ち込むことを言う。これによって法は従来の厳格で固定的であった規範構造の代わりに、融通性のある開放性を特徴として持つ。その開放性を通じて、法執行(行政機関)に広い裁量が認められ、それによって実質的正義を保障する執行や判決が可能になる。2つ目は、「法的義務や公共秩序等の基本観念の変化」である。法的義務や公共秩序は理の当然ではなく、疑わしいものであり、市民が積極的に介入して形成しなければならないものである。3つ目は「法的参加の多元化」であるが、これは2つ目の内容と密接に関連している。すなわち、法秩序の形成と解釈に対する市民の参加が多元化され、至る所でそのような介入が政治的な意味を獲得するということである。4つ目は「より能力のある法制度の設計」である。すなわち、法の主な関心が「正統性から能力・適性(competence)」へ移動したということである。近代法では統治者の恣意を法によって拘束し、市民の行動範囲を決めることで正当化されるのが重要な問題であったが、現代法である社会国家的法では法が社会的要請を果たせる能力があるのかが重要な問題となってくる。

このような「応答的法」の特徴を体現する制度適性という概念は、アメリカの現代行政法を理解するのに有益な概念であると思われるので、以下ではこのような観点に即して順次見ていくことにする。

## 2) 制度転回

制度転回という概念の背景には、法に対する解釈権は司法府に専属しているという既存の考え方<sup>163</sup>に対して、法は所与の社会的文脈と制度に応答的であるべきであり、さらに、それはトップ・ダウン式ではなく、ボトム・アップ式で応じなければならないという考え方がある。付け加えると、裁判官が既存のルールを一方的に適用するとする法学の形式主義への反発から生じたリアルリズム法学のルール懐疑主義の主張をリーガル・プロセス法学は真っ正面から認めながらも、法の支配の理念を再現するために制度適性というアイデアを持ち出したのである。これは裁判所による一元的かつトップ・ダウン的な法の適用と解釈(legal world)を批判し、より現実世界(real world)を受け入れなければならないとする発想である。また、法は文脈を奪われ理想化された演説ではなく、大衆の談話にある現実の制度的文脈に焦点を合わせることで、応答的であり、万人受けする形で裁判所によって与えられるものではなく、制度そのものから登場する法の基準を想定するものである。このように逆転においてその正当化の根拠として挙げ

<sup>161</sup> Id. at 1054.

<sup>162</sup> 六本佳(訳)『法と社会の変動理論』(岩波書店、1981) 115-181頁(第4章)要約。[原書: Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law & Society in Transition: Toward Responsive Law*, Transaction Pub (1978) at 73-113.]

<sup>163</sup> *United States v. American Trucking Associations*, 310 U.S. 534 (1940) at 543. 「法の解釈は裁判所の適切かつ固有の分野である」; *The Federalist No. 78* 「法令の意味に対する解釈は裁判に回付される紛争に適用されるごとく排他的に司法の機能である」; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) 「何が法であるのかを言うことは明白に司法府の領域であり、義務である」。

<sup>164</sup> Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press (2013) at 69-71, 75. また、ボトム・アップ式の考え方が、行政法分野でRichard Stewartが提言した「reflexive law」であり、政府内外において制度行為者の自律的能力の利用に関心があるとする。この馴染みのある言葉からも分かるように、著者はこの制度転回の前提として、法の範疇は孤立されてはならないし、生活の範疇よりそれを導き出すべきであるので、法の世界から現実の世界へ、すなわち、自立的法モデルから応答的法モデルへ移動することを提言する、というような転回を提言する議論を置いている。六本佳(訳)『法と社会の変動理論』

られるものとして、制度適性がある。

今まで各部門の制度適性については様々な観点から、色々な主張が行われて来た。例えば、行政機関は被規制者の利益に影響されやすいので信用できないとする意見と、これに対して特定の利益により影響されやすいのはむしろ裁判官の方であるという意見、行政機関の失敗に対する賢明な監督者としてジェネラリストである裁判官を尊重すべきとする主張と、これに張り合って、裁判官を厳格なルールの維持だけを望んでいる厄介な公務員に過ぎないとか、逆に制定法や先例の固執ではなく政治的偏見にとらわれてその票決パターンがよりよく読まれてしまうような、イデオロギー的理論家であると評価するもの、さらに、特定の利益の虜にならなかった行政機関であるとしても裁判官に監督されるという構造そのものが行政機関に有利な情報になるという見解、これに対して、むしろ司法の事後監督は行政機関に政策の方向を失わせるという見解が各々鋭利に対立している<sup>165</sup>。どれもそれなりの根拠があるのでむしろその適性に関する価値判断を迷わせるようにみえるが、確かなことは、時代の変化とともにその社会が求める価値や公共利益も変動するように、そのような社会に釣り合う適性も変わってくることである。

一方、法の解釈における制度転回の主張はAdrian Vermule教授によって提案され、多くの注目を浴びた<sup>166</sup>。その主張の要旨は、制定法の解釈は各部門の能力の適切な評価に基づいて行われるべきであって<sup>167</sup>、より正確にいうと、法の解釈の方法において拘束力のある先例が欠けているという事実のみならず、法の発展において司法の失敗のコストも考えあわせると、立法史を考慮することが望ましいことかどうかすら裁判所には分かっていない。唯一確実なのは、実質的に制度コストがかかるという点で<sup>168</sup>、そこから分かるように、適切な適性と環境はもはや裁判所には揃えられていないし、費用・便益の観点から制定法と行政立法における解釈理論は制度的転回をしなければならないということである<sup>169</sup>。

さて、このように所与の制定法を解釈する際におけるその適格性判断は立法史を考慮に入れるか否かのような法解釈方法論に深く関係する。委任禁止法理が行政の恣意の統制と議会の意図を把握するために最高裁の法解釈の場面で使われて来たことを踏まえて、以下

---

(岩波書店、1981)。[原書：Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law & Society in Transition: Toward Responsive Law*, Transaction Pub (1978) at 74-77]; Richard Stewart, *The Reformation of American Administration Law* 88 Harv.L.Rev.166 (1975)。

<sup>165</sup> 各主張の根拠と詳細は参照、William N.Eskridge Jr. & Lauren E.Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, 96 Geo.L.J.1083 (2008) at 1171-1172。

<sup>166</sup> その紹介と考察として、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回(1)(2)」民商法雑誌140(1)(2)、有斐閣(2009)。

<sup>167</sup> Adrian Vermule, *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, Harvard University Press (2006) at 15-16. Vermuelは司法府が解釈の主導権を持つことができた理由として制度適性に対して無知であったからだとしているが、Eskridgeは、制度転回は1世紀前から既にその系譜を有しており、Vermuelの主張は歴史的洞察が不足していると批判した。確かにEskridge教授がその根拠として取り上げている1918年のBrandiesの例(本稿では憲法判断回避関連)、ニュー・ディール時代の委任議論、現代の規制国家におけるリーガル・プロセスの目的主義理論等の原理を考えると、制度転回が最近生まれた考え方とは言い難い。William N. Eskridge, Jr., *Book Review: No Frills Textualism: Judging Under Uncertainty*, 119 Harv.L.Rev.2041 (2006) at 2045. ちなみに、Eskridgeのような捉え方をすると1970年代と80年代のリーガル・プロセス理論はその一貫性が途切れる。というのも、その理論は、行政機関の公共関連規則を制定する能力を強く批判する一方、例えば代表補強的司法審査、動態的司法解釈、それから行政機関の規則と解釈に対するHard Look審査を通じて、規制国家の逆機能を直すための連邦裁判官の積極的な役割を立法府が擁護したからである(本稿のII.1.(2) 2) 参照)。1980年代と90年代に古典的なリーガル・プロセスへ戻る学者もあり、Vermuleもここに位置付けられている。Id. at 2046。

<sup>168</sup> Adrian Vermule, *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, Harvard University Press (2006) at 259-260。

<sup>169</sup> Cass R.Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 Mich.L.Rev.885 (2003) at 932。

では法解釈方法論には制度適性がどう影響しているのかについて検討することにする。しかし、その前に多少寄り道になるかも知れないが、判例で確立された行政機関の解釈に対する司法府の謙譲慣行もまた制度論と深く関係するので、以下でまず確認しておくことにする。

## (2) 制度適性と謙譲の関係

まず、謙譲と類似しているいくつかの概念との違いを確認しておくことは謙譲の性格を明かすにためになる。謙譲のアルゴリズムを自分が行ったら異なった結果に至るかも知れない場合に、自分の判断を無視、あるいは自制し、他の意思決定者の判断に従うことを謙譲という語は指しているとする、謙譲は同意(agreement)ではない<sup>170</sup>。結果的に、若しくは偶発的に同じ判断に至ることはありえるが、自分の結論と異なっているとしてもその結論に従うのが謙譲であるので、謙譲は不同意をも含意する。また、服従(obedience)とも区別しなければならない。謙譲は、自分が望んだら独立的な意思決定が出来たにもかかわらず、他の意思決定者の判断で代替するものであるが、服従にはそのような選択の余地はなく、他の意思決定者の判断に服するのみである。仮にある高位の法的権力(例えば、憲法)が謙譲するよう指示することは謙譲というよりは服従である<sup>171</sup>。ただし、このような判断、つまり、憲法がその旨を言っているのかという判断そのものも裁判所自らの判断であるので、究極的には広い意味で裁量の一部であるが、しかし、それは裁判所の裁量的選択であって、裁量そのものと同意語ではないとされることがある<sup>172</sup>。一方、両者の見分けが明確に付かない場合があるが、これは独立的判断の資質と関わるので区別しなければならない。その区別基準としては、自発性の有無、その権限を保ちながら行使しているかがあり、実際にその権限が代替されるわけではなく、独立の意思決定そのものが代替されうることには注意しなければならない。また、裁判所の多様な部門への謙譲が度が過ぎてその問題に関する管轄(jurisdiction)を放棄していると責められることがあるが、管轄とも区別されなければならない<sup>173</sup>。

では、そもそもこのように謙譲をする、あるいは、しなければならない理由は何だろうか。Horwitz教授は2つに分けて、政治的正当化(Political Justification)と認識的正当化(Epistemological Justification)を挙げている<sup>174</sup>。政治的正当化は、権力分立原理と民主的正当性にその根拠があり、認識的正当化は専門性にその根拠がある<sup>175</sup>。行政解釈において、謙譲の最も有名な事例であるChevron判決でStevens裁判官が謙譲の根拠として採り上げたのは第一に、議会が規則制定責任を行政機関に委任する際に、裁判所はそれが恣意的・

<sup>170</sup> Paul Horwitz, Three Faces of Deference, 83 Notre Dame L.Rev.1061 (2008) at 1075.

<sup>171</sup> Strauss教授はこのような使い分けはしていないが、例えば、Chevron謙譲とSkidmore謙譲のその程度の差を強調し、Chevron謙譲はあえてChevron obedienceに、Skidmore謙譲はSkidmore weightに呼ぶことを提案しており(Peter L.Strauss, Administrative Justice, at 371, n 104.)、さらに最近の論文では、Chevron space、Skidmore weightとされている。Strauss教授は謙譲はとても多様な概念で、ある場合には「服従(obey)」、「容認(accept)」の意味で使われるし、ある場合には「尊重して考慮(respectfully consider)」として使われるとされている。(Peter L.Strauss, “Deference” is too Confusing - Let's Call Them “Chevron Space” and “Skidmore Weight”, 112 Colum. L.Rev.1143 (2012) at 1145.) 両者については、III.3.(2) 2) Mead判決の説明参照。

<sup>172</sup> Paul Horwitz, Three Faces of Deference, 83 Notre Dame L.Rev.1061 (2008) at 1076-1077. 問題の実定法を解釈する際に、法的争点に関しては裁判所の独自判断の領域であり、明示的もしくは黙示的に実定法の条項の意味が何かを決める権限がいつ、いかなる制約の下で移転されるかを決めるのは行政機関ではなく裁判所であるとされている。Peter L.Strauss, Administrative Justice, at 366.

<sup>173</sup> Id. at 1077-1078.

<sup>174</sup> Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press (2013) at 89.

<sup>175</sup> 著書の基になっていると思われる論文は法的権限依拠の正当化(Legal Authority-Based Justifications)と認識的権限依拠の正当化(Epistemic Authority-Based Justifications)という表現になっている。Paul Horwitz, Three Faces of Deference, 83 Notre Dame L.Rev.1061 (2008) at 1075.

専断的であったり、あるいは、制定法に反したりしない限り、それに従うべき義務がある点、第二に、解釈にぶつかり合う政策を調和させることが含まれる時に、その専門的判断に謙譲すべきであるという点、そして、第三に、最も根源的な理由として、行政機関がより直接的に国民に対して責任を負うという点、である<sup>176</sup>。Chevron判決による謙譲（以下、Chevron謙譲）は第二の根拠から認識的正当化を、議会が黙示的に行政機関に立法権限を委任していることと、大統領を通じて間接的ではあるが国民に対して責任を負うという民主的責任性から根拠を見つけ出していることから政治的正当化を見い出している<sup>177</sup>。政治的正当化によると、議会が決定権限を行政機関に委任したので謙譲するわけで、よって法的権限内で適切に行使された場合のみに謙譲される。認識的正当化によると、判断誤謬の費用と運作用の費用を最小化するために謙譲するはずなので、もし認識的に裁判所がより優れていたり、真実を明かすための審査費用があまりかからなかったりする場合には、裁判所自身で行うことになる。

このように、謙譲と制度適性、議会による立法権委任の関係を見て来たが、制度転回で求められていた応答性を来すための謙譲は、裁判所による法の純粹で無脈略的なシステムへの渴望と、事件ごとに起きる事實的・社会的脈略からの食い違いをある程度考慮しなければならないという認識との間の緊張を緩和する手段である<sup>178</sup>。

### (3) 解釈方法論と制度転回

委任禁止法理のような法中心のアプローチは社会政策に対して反動的な立場に立っている者によって彼らの本音の隠蔽に使われるだけであると非難を浴びる反面、専門性への信頼に基づくアプローチを採ることは国家主義や集団主義への抑制として機能する法的装置をすべて排除することになるという非難を浴びる<sup>179</sup>。このような判決のスタイルや法的論証のあり方、憲法の捉え方に最も多く影響を及ぼすものの中の1つがおそらく解釈方法と解釈道具であると思われる。制度適性を評価して解釈権限の主導権を判断するアプローチも既に司法府の解釈道具の一部になってきているが、以下では、それらについて検討を加えることにしたい<sup>180</sup>。

#### 1) 法解釈方法

現在アメリカで主張されている解釈方法論として、主に修正原義主義(revised originalism)、新文言主義(new textualism)、動態主義(dynamism)が挙げられる。各方法論は公共選択理論の指摘に対応して立法府と司法府の関係で民主的正当性をどう理解するかについて異なった観点を示している<sup>181</sup>。これに対しては様々な説明が可能であろうが、概して、解釈の目標に関して言えば、修正原義主義は立法府の意図や制定法の目的、新文言主義は文言の意味、動態主義は最善の結果である。その時の基本資料及び解釈基準について、修正原義主義は立法史・歴史的状況、裁判所の解釈慣行、新文言主義は制定法の文言・文法規則・法律の構造・関連法規及び解釈規則、動態主義は現在の状況と公共価値になる。実務的に連邦最高裁判所の裁判官たちは互いに異なった方法論を適用しており、それぞれ

<sup>176</sup> Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC, Inc., 467 U.S. 837 (1984) at 844-845, 864-865. Chevron判決以前の謙譲の伝統的な根拠はゼネラルリストである裁判所より行政機関がより多くの専門性—制度適性を持っていることに依拠しており、それが責任性の強調に変わったということは既に見て来た。SEC v. Chenery Corp., 332 U.S. 194 (1947) at 209; Skidmore v. Swift & Co., 332 U.S. 134 (1944) at 139-140.

<sup>177</sup> Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press (2013) at 89.

<sup>178</sup> Id. at 90.

<sup>179</sup> 樋口範雄(訳)『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂、2000) 293頁。

<sup>180</sup> Aziz Z. Huq, The Institution Matching Canon, 106 Nw.U.L.Rev. 417 (2012) at 466.

<sup>181</sup> Karen M. Gebbia-Pinetti, Statutory Interpretation, Democratic Legitimacy and Legal-System Values, 21 Seton hall Legis.J. 233 (1997) at 237.

異なった結論を下している<sup>182</sup>。原義主義は意図主義が実在的意図だけでなく暗黙的意図の確認も含むとするなどに応じて、修正・変化を受けており、新文言主義は、制定法解釈は法律の明らかな意味によらなければならないという「明白な意味」原則に戻って、法律の文言よりは立法府の意図・目的を重視する慣行に変化した<sup>183</sup>。動態主義者たちは制定法を社会的需要を満たすための一種の道具として見て、法律の文言と立法史以外にも法制定以後の法と社会の発展、立法府が前提とする政策、立法外部にある社会の支配的な公共価値が解釈資料に含まれるべきであるとする<sup>184</sup>。一方、目的主義(purposivism)として知られている解釈方法は制定法解釈においてその制定の目的を重視するものであり、よって、その目的を明確にするために立法史を考慮するもので、意図主義と密接に関係している<sup>185</sup>。

文言主義が司法裁量を制限する方式は、文言主義の立法史及び委任禁止法理に対する立場と関連する<sup>186</sup>。現在の最高裁判所の構成員の中ではScalia裁判官を始めとして、Thomas、Roberts、Alito裁判官が文言主義の影響にあることで知られている<sup>187</sup>。文言主義的な解釈態度はWhitman判決からも分かるように、ありうる意味に注意を払って法律全体の脈絡及び他の法律との関係を把握しようとするが、立法史には民主的正当性がないと固く考えている<sup>188</sup>。Scalia裁判官は法律上の表現が曖昧な領域では行政機関に関連政策を開発するに十分

<sup>182</sup> Id. at 238.

<sup>183</sup> このように、立法史の考慮を拒む新文言主義の登場には、20世紀後半に明らかにされた一連の事実も影響しているが、第一に、政治の影響でそれによって判決にも保守的価値の一般的回帰が現れたこと、第二に、制定法が連邦政府のレベルで法の通常的な形態になって、これに対する解釈が連邦裁判所裁判官の業務の殆どを占めていたことで、法令解釈と裁判所の普通法的(或は裁判官が作り上げた法)機能の関係が変わってきたこと、第三に、公共選択理論が掲げている立法者らが「合理的に、合理的な目的を促す合理的な者」ではないことが数多くの分析資料で明らかにされたこと、第四に、議員らの補佐官の数が増えるようになって、議会はより官僚的な機関になり、立法が補佐官の作業の結果物になったことで、議員の見解は十分に反映されなくなって来ていた点、最後に、議会にいる人たちが裁判所が立法史に関わる資料を活用することを認識し、その資料を頻繁に偽造していたことが知られたことである。このような要因は文言的解釈という形式的解釈への際立った回帰をもたらした。その意味で、20世紀初めの実定法の攻撃から普通法を守るための裁判官が行っていた「明確性原則」の適用のようなナイーブなものではない。Peter L. Strauss, *Administrative Justice*, at 353-356.

<sup>184</sup> 法解釈方法論に関する最近までの議論は、Karen M. Gebbia-Pinetti, *Statutory Interpretation, Democratic Legitimacy and Legal-System Values*, 21 Seton hall Legis.J.233 (1997); Cass R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 Har.L.Rev.405 (1989); William N. Eskridge & Philip P. Frickey, *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, 42 Stan.L.Rev.321 (1990); D. Neil MacCormick & Roberts Summers ed., *Interpreting Statutes-A Comparative Study* (1991); Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and institutions*, 101 Mich.L.Rev. 885 (2003); 岡部泰昌(訳)「アメリカ合衆国における法の解釈」阪大法学44巻4号(1995)。

<sup>185</sup> Holger Fleischer, *Comparative Approaches to the Use of Legislative History in Statutory Interpretation*, 60 Am.J.Comp.L.401 (2012) at 423. ちなみに、同論文では、ドイツにはScalia裁判官のように立法史の参考を完全に拒む態度はもはや存在しないとしており、その理由としては、ドイツでは立法手続が政府の各省庁・基盤であるが、アメリカは議会あるいはその委員会・基盤であるので、その出発がプロの草案とアマチュアの草案という差の下にあるという点、権威のある資料源として政府の理由書(Regierungsbegründung)や連邦議会委員会の理由書(Ausschussbegründung)に止まるが、アメリカの場合、夥しい立法資料が存在している上に、その殆どは裁判所での使用のために用意されていないので、立法資料への信頼が落ちるという点が挙げられるとしている。Id. at 429-431.

<sup>186</sup> Paul Killebrew, *Where are All the Left-Wing Textualists?*, 82 N.Y.U.L.Rev.1895 (2007) at 1903.

<sup>187</sup> 芹澤英明「アメリカ合衆国最高裁判所・コートの司法的ミニマリズム分析(1)」、法学75巻2号(2011)102頁。Kennedy裁判官もテキストを重視して立法史資料は外部証拠に止まると考えているので、場合によっては文言主義とも言えるとされている。Rehnquist長官は原義主義者であることで知られている。

<sup>188</sup> このような立場では、立法史の使用は立法機能の委任禁止違反になる。なぜかという点、立法史に重みを置き、委員会や一人の立法者に議会全体を代弁させる事が許されることになるので、立法史の使用は憲法上の委任禁止法理の違反になる。John F. Manning, *Textualism as a Nondelegation Doctrine*, 97 Colum.L.Rev.673 (1997) at 707. 文言主義はその文言が明確である事を求めているわけではなく、ただし裁判官が制定法以外のものは何も見ない事を求めているに止まる。Id. at 714-715.



な裁量が与えられなければならないと主張し、その空白が不可避な場合にも裁判所はその部分に関する政策を展開してはならず、ただし、唯一で持続可能な意味を具体的な事件ごとに対応していくのではなく、一般性のある原理を見つけ出すことが裁判過程の本質であるとしている<sup>189</sup>。言い換えると、立法府に根本的な価値を判断する責任があり、それを発見するために形式主義的性向を帯びるところは委任禁止法理と類似している<sup>190</sup>。

一方、リベラル派のBreyer裁判官は保守派であるScalia裁判官に代表される文言主義に異議を唱えて、文理的(論理的)解釈アプローチの限界を指摘し、裁判官は規範的(目的論的)解釈を組み入れなければならないと主張する<sup>191</sup>。至る所で立法史を考慮に入れるか否かが最大の分かれ道であるが、このような解釈アプローチの相違によって事案に対する考え方も変わってくる。例えば、Scalia裁判官は行政解釈の変更があった場合、文言として現れた最新の意思決定が最も合理的であると思うので、なぜ変更したのかさえ説明できれば謙譲されるべきであるとするが、Breyer裁判官はなぜ新しい解釈がより優れているのかについて明確にしなければならないとしている<sup>192</sup>。

## 2) 部門における解釈

裁判官の間でも解釈方法はその一致を見ていないが、1980年代後半から文言主義が優位を占めているとすると<sup>193</sup>、行政機関も文言主義的解釈方法を採用しなければいけないのか、あるいは、制定法、中でも規制規則のように目的性が強く立法者の意図が比較的明確に分かる場合には、裁判所は目的主義的な解釈アプローチをとるべきであるという考え方については検討に値する。後者については行政規則制定手続との関係も合わせて、後述することにし<sup>194</sup>、ここでは前者、すなわち、行政機関も文言主義者の解釈アプローチを採用すべきであるのかについて検討を加える。結論からいうと、執行公務員が文言主義的に制定法を執行する義務があるという提案はほとんど行われていないとされている<sup>195</sup>。その理由として考えられるのは、民主的な監督による正当性とは関係なく、法の文言から逃れることが正当であるか否かを決める際に、現に専門技術的能力について行政機関の方がより有利

<sup>189</sup> Antonin Scalia, the Rule of Law as a Law of Rules, 56 U.CHI.L.REV.1175 (1989) at 1185.

<sup>190</sup> Peter L.Strauss, Administrative Justice, at 357.

<sup>191</sup> Stephen Breyer, Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution, Oxford University Press (2008). 本書でBreyer裁判官は司法の謙譲が求められること(at 11-12)、法解釈は当該法の目的を中心に行うこと(at 28-29)、法解釈はその解釈がもたらす結果に配慮して行うこと(at 32-33)、を主張しているので上記の3つの解釈アプローチとは区別されると評価される。

<sup>192</sup> 法解釈方法がその裁判官のイデオロギーと関わっている事は否定できないが、イデオロギーによって裁判官の法解釈方法が決められるというよりは、特定のイデオロギーに親和性はあるが、イデオロギーそのものとは異なった自分の法解釈方法にこだわって法解釈という実践を行っているとされている。一方、このような解釈アプローチとイデオロギーの関係と、行政機関の規則制定における謙譲の程度との間には何ら論理的な相関関係はないという主張として、参照、Thomas J.Miles & Cass R.Sunstein, Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron, 73 U.Chi.L.Rev. (forthcoming Summer 2006) at 34. この研究の分析によると、1994年から2005年の間の調査で保守性向のScalia裁判官はClinton政権では謙譲を示す判決を48%、Bush政権では68%行った。リベラル性向のBreyer裁判官は各々95%と81%の謙譲割合を示した。Scalia裁判官はBush政権(共和党)の時、Breyer裁判官はClinton政権(民主党)の時に高い謙譲率を示しているという結果になったが、政権の政治的性向と関係なく全体的にBreyer裁判官が高い謙譲率を見せている。これを詳しく分析した論文として、参照 正木宏長「ニュー・リーガルリアリズムとアメリカ行政法 ―マイルズとサンステインの挑戦―」立命館法学341号(2012.1)。二人の裁判官の解釈方法に対する先行研究として参照、大林啓吾・横大道聡「連邦最高裁判官と法解釈 ―スカルリア判事とブライヤー判事の法解釈観―」帝京法学25巻2号(2008.3)。

<sup>193</sup> 筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(3)」自治研究 86巻10号(2010.10) 61頁。

<sup>194</sup> IV.2.(1) 参照。

<sup>195</sup> Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, Interpretation and Institutions, 101 Mich.L.Rev.885 (2003) at 928, 930. Glen Staszewski, Textualism and the Executive Branch, 2009 Mich.St.L.Rev.143 (2009) at 146, 167-168.

な立場にあるという点、そして、行政機関が法の文言から逃れる事が深刻な予見可能性の低下や、制定法体制の不安定をもたらすことになるかを認識するのにより有利な立場にある点が挙げられている。要するに、その制度適性を考慮する場合、むしろ行政機関に文言主義を放棄又は拒否する権限が与えられるべきであるとされている<sup>196</sup>。

一方、行政機関は、議会が制約しないで残した解釈問題を解決しようとする場合には、積極的に目的主義者になる傾向があるが<sup>197</sup>、このように、行政機関による目的指向の解釈アプローチと裁判所による文言主義的解釈アプローチの両立は不安定ではないかという懸念が示されている<sup>198</sup>。しかし、文言主義的方法を採用する裁判所が行政機関の目的指向的解釈に謙譲する場合、至る所でChevron謙譲は行政機関に解釈方法を選ばさせ、裁判所が採用する方法から逃れられる自由を許すことになる<sup>199</sup>。したがって、行政機関は裁判官の解釈アプローチを真似する必要はなく、行政機関の目的主義アプローチと司法府の文言主義アプローチは過度に不安定になることはないとされる。ただし、文言主義者が執行府の積極的な支持者である傾向があるという事実は知れ渡っており、さらに、文言主義を支持する裁判官が自分の権限を司法府から行政機関と大統領に移す法理論やドクトリンを快く受け入れてきたことが、むしろ、権力分立の法理や委任禁止法理との緊張の余地を残していることを確認させることは否定できない<sup>200</sup>。では、次にこのような点も含めて、制度論的アプローチに予想される限界について見てみる事にする。

#### (4) 制度論的アプローチの限界

##### 1) 制度適性の不安定性

制度的アプローチは時代状況によって一貫性のない結果として現れているが、例えば、環境規制分野の場合、ニュー・ディール時代には行政機関の急増を支持し、その独立性、技術的専門知識、それから、政府での効率性という特徴を形作った。1960-70年代は環境汚染と人間の健康への配慮のない経済成長に浴びせられた大衆からの批判と立法的な改革への要求が環境立法を社会規範として位置付けたが、大統領の権限が強くなった80年代からは法と経済の談論に影響され、費用便益分析によって出される規制効率性を根拠に環境法の規範的権威に異議を提起する流れで現在に至っている<sup>201</sup>。今のところ、アメリカの最高裁では、その文言主義的解釈がより環境親和的な判断をする可能性が高いと言われており、Scalia裁判官が文言主義の先鋒に立って強い影響を及ぼしている反面、複雑な規制制定法の

---

<sup>196</sup> 現に、裁判所が反文言的であるとも言える法解釈をしてまで、行政機関の解釈を尊重した事例として、*American Water Works Ass'n v. EPA*, 40 F.3d 1266 (D.C. Cir. 1994)が挙げられる。この判決は飲料水の鉛汚染度規制に関するものとして、EPAは「実現可能な」最大汚染レベル目標(MCL)に近付けて鉛汚染レベルを確定すべき義務を負っていた。EPAはその確定をすることはできたはずだが、本当の問題は供給ラインと配管資材の腐食によるものであると判断し、最大汚染レベルを設定する代わりに大規模の給水システムには特定の腐食管理対処を行う事を、小規模の給水システムにはサンプルから重大な鉛汚染が見つかった場合のみに対処するとしていた。EPAはMCLが「実現可能」でないとは主張しなかったが、裁判所は「実現可能」という言葉が「法と一致する方法で果たす事が可能」という意味で解釈できるという一見説得力のないEPAの提案を受け入れた。なお、MCLを利用する方法そのものがより多くの汚染を来すので、飲料水安全法の目的と正面からぶつかる結果が予想されるが、このように「制定条文の文字通りの意味がとんでもない結果を招く場合には、その言葉は明白な意味を持たない」と判断した。Id. at 1270-1271. Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, Id. at 929-930より抜粋。

<sup>197</sup> Lisa Schultz Bressman, *Chevron's Mistake*, at 603.

<sup>198</sup> Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 Mich.L.Rev.885 (2003) at 931.

<sup>199</sup> III.2.(2) 参照。

<sup>200</sup> Glen Staszewski, *Textualism and the Executive Branch*, 2009 Mich.St.L.Rev.143 (2009) at 154-155.

<sup>201</sup> Jeffrey Rudd, *The Evolution of the Legal Process School's "Institutional Competence" Theme: Unintended Consequences for Environmental Law*, 33 Ecology L.Q.1045 (2006) at 1085-1086.

解釈には適合しないと評価されている<sup>202</sup>。また、現在最高裁の長官を務めているRoberts裁判官はミニマルリスト(司法最小主義)としての評価を受けているので<sup>203</sup>、そのバランスを取るための裁判所の適切なポジションが考察される必要がある<sup>204</sup>。

なお、このように制度論的アプローチ、つまり部門の適性で解釈主導権を判断することそのものにも懸念されることがあるのも否めない。まず、上述したように、Chevron謙譲と目的主義的解釈の組合せは得てして行政の恣意の統制不能に繋がりやすく、委任禁止法理の機能も期待できなくなる<sup>205</sup>。ATA判決で制度適性を根拠にその正当性を訴えた差戻しの慣行も、委任禁止法理の機能を弱める原因になるおそれがある<sup>206</sup>。

一方、裁判所が行政機関の解釈に頼るとしても、意思決定における適性の要素が互いに衝突する場合には裁判所の判断は困難になる。謙譲決定の要因が互いに違う方向へポイントを置く時、行政機関が政治的責任や専門性、あるいはどちらにも依拠しないで行動する時に、技術的証拠がそれと違う政策を支持していても、執行府が行政機関に特定の政策を採用するように政治的圧力をかけるような事例では、その行政機関の政治的責任が実際に専門性を用いる能力を妨げる<sup>207</sup>。これを改善するためには、専門性が政治的な理由で妥協されることと同じく、議会が行政機関から政治部門を遮断する仕組みを立てて彼らに外部の圧力に影響される事なく専門性を発揮させることも可能ではあるが、それにはもっと難解な問題がある。それは立法府が適切に行政機関を政治的圧力だけでなく、もっと一般的に行政法からも遮った場合に立法権の委任をどう扱うかという問題である。特定の政治を民主的審査から遮るという決定が真実の政策問題ではなく、政府の不完全性や不正行為を隠蔽しようとする欲望によって動機付けられた場合には、その決定が謙譲される資格は当然ない。裁判所は、行政機関が政治的圧力に答えることが公共の価値を実現するために一層公正なものになるのかを考慮しなければならないが、この時に規則制定プロセスの中で政治的変動は謙譲のレベルに影響を及ぼす<sup>208</sup>。例えば、政治的変動と規則制定の関係における司法謙譲は、非独立行政機関に対しては主に政治的責任理論に比重が置かれて正当化されるが、独立行政機関の場合には専門知識理論に比重が置かれて正当化される<sup>209</sup>。

以下では、上記のような制度適性の評価と法解釈アプローチを考え合わせた時に、忘れがちであるが決して欠かせてはならない議論について見直すことにしたい。

---

<sup>202</sup> Bradford C. Mank, Is a Textualist Approach to Statutory Interpretation Pro-Environmentalist?: Why Pragmatic Agency Decisionmaking Is Better than Judicial Literalism, 53 Wash & Lee L.Rev.1231 (1996) at 1290.

<sup>203</sup> これらは、理由付記の範囲でその差が出て来るが、ミニマリズムは浅くて狭いもの、文言主義は浅くて広いもの、Breyer裁判官のような文言主義批判者は深くて狭いものを好む傾向がある。ミニマリズムは後の2つの積集合に当たると言える。参照、芹澤英明「アメリカ合衆国最高裁ロバーツ・コートの司法的ミニマリズム分析(1)」法学75巻2号(2011)。

<sup>204</sup> 現に、連邦最高裁の裁判官たちは自分自身の政治的でイデオロギー的な好みには当てはまる結論に至るために原則(ドクトリン)をけなしたり、歪曲したりする傾向を見せつつあり、2007年の開廷期には23件の事件を5:4の票決で判決していることが批判的になっている。Richard J. Pierce, Jr., What Factors can an Agency Consider in Making a Decision?, 2009 Mich.St.L.Rev.67, (2009) at 87.

<sup>205</sup> 前述、III.2.(3) 2) 参照。

<sup>206</sup> 後述、IV.1. 参照。

<sup>207</sup> Eric Berger, Individual Rights, Judicial Deference, and Administrative Law Norms in Constitutional Decision Making, Boston University Law Review, 91 B.U.L.Rev.2029 (2011) at 2080.後述する行政立法に対する裁量の逸脱濫用審査として、いわゆるHard Lookと言われる厳格審査基準が確立された判決として知られているState Farm事件はその代表事例として、安全に関する技術的証明の進歩に根拠付けられたものではなく、その決定のタイミング、例えば、政権交代のような選挙結果によって運命付けられたものとして評価されている。

<sup>208</sup> Id. at 2081-2082.

<sup>209</sup> Anne Joseph O'Connell, Symposium: Agency Rulemaking and Political Transitions, 105 Nw.U.L.Rev.471 (2011) at 526.

## 2) 法システム価値

議会の政治的妥協やトレードオフにより鈍感であり、特定プログラムに関わらないゼネラルリストとしての裁判官は目的指向的な解釈の濫用可能性がが少ない<sup>210</sup>。つまり、制度の効率に劣らず重要なものが制定法の安定性とその進行のバランスであり、そのバランスは漸進的で介在的な変化を共にする安定性により重きを置くべきである。制度的な費用・便益分析は伝統的なバランスを崩して出された結果を分析するためにはより優れた道具を必ず見つけなければならないと指摘される<sup>211</sup>。

法解釈でその民主的正当性は制度適性の評価に重要な意味を持っている。前述で挙げた3つの解釈モデルが民主的正当性をその基本的な基準にしているが、何が制定法解釈を民主的に正当なものにするのかについて各々がはっきりした差を見せているとは既に確認した。しかし、民主的正当性が法システムの理解において基本ではあるものの、制定法解釈の唯一の基準とは言えない<sup>212</sup>、法システムそのものが持っている価値も考慮されなければならない<sup>213</sup>。かつてこのような観点から「法システム価値」が議論されていたことは参考になると思われる。例をあげると、法は、①個別事例で予見可能であること、②類似事件では反復が可能であること、③時間横断的・垂直的に一致すること、④関連法の領域を横切って水平的に一致すること、⑤社会の要求と価値に応答的であること、⑥社会の要求と価値の変化に応答的であること、⑦社会的価値や道徳を形成するに影響を与えること、⑧個別事例で公平・公正であること、であり、これはまた、3つの核心目的(予見可能性・反復可能性・個別事例での公正/公平性)と4つの核心理想(ドクトリン的安定性・システムの継続性・社会的調和・社会価値の形成)とに整理されている<sup>214</sup>。

制度適性には責任性、専門性、中立性、民主的正当性が強調される場合にはもっと広い脈絡でのその統制と調整、調和が忘れられる嫌いがあるが、理屈を付けてどちらかを排除する方法では、無駄なぶつかり合いの繰り返しに過ぎないし、法システム価値も入れて総合的に判断することが望ましいと思われる<sup>215</sup>。

## 3) 例外事例と法システム価値

上記のような状況は判例でも確認出来る。Mead判決<sup>216</sup>が出された当時、判決の結果が下級裁判所における今後の審査基準適用に混乱を招くだけであるとしたScalia裁判官の非難どおり、行政機関の不明確な条文解釈に対してChevron謙譲基準やSkidmore<sup>217</sup>謙譲基準を適用しない判決が出始め、行政解釈に対する謙譲の程度が依然として広いスペクトラムを持って存在していることが分かった<sup>218</sup>。このように、不明確な条文であるにも関わらず、

<sup>210</sup> Michael Herz, Purposivism and Institutional Competence in Statutory Interpretation, 2009 Mich. St.L.Rev.89 (2009) at 104.

<sup>211</sup> William N.Eskridge, Jr., Book Review: No Frills Textualism: Judging Under Uncertainty, 119 Harv.L.Rev.2041 (2006) at 2061.

<sup>212</sup> Kevin M.Stack, The Divergence of Constitutional and Statutory Interpretation, 75 U.Colo.L.Rev.1 (2004) at 42.

<sup>213</sup> Karen M.Gebbia-Pinetti, Statutory Interpretation, Democratic Legitimacy and Legal-System Values, 21 Seton Hall Legis. J. 233 (1997) at 236, 344-345.

<sup>214</sup> Id. at 241-252.

<sup>215</sup> Id. at 253.

<sup>216</sup> United States v. Mead Corp., 533 U.S.218 (2001). III. 3.(2) 2) Mead判決の説明参照。

<sup>217</sup> Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S.134, (1944) III. 3.(2) 2)の説明参照。

<sup>218</sup> 過去4半世紀の行政解釈に対する裁判所の謙譲状況を順番に見てみると、

① Curtiss-Wright判決の超謙譲: 外交と国家安全保障に関わる執行府の解釈に与えられるものとして謙譲ケース全体の0.9%、行政機関の勝訴率100%。

② Seminole Rock判決の強い謙譲: 行政機関が定めた規制規則に対して行政機関自ら行った解釈に与えられるものとして、謙譲ケース全体の1.1%、行政機関の勝訴率 90.9%。

③ Chevron判決の合理性審査謙譲: 謙譲ケース全体の8.3%、行政機関の勝訴率 76.2%。

その委任が認められないケースに対しては例外事例として扱われたり、よく規律出来ていない原則と呼ばれたりして、その不統一性に向けられた非難と同時にその正当化作業が行われているが、それはあらゆる場合に責任性・専門性の制度適性だけによっては完全な社会システムが築けないことの裏返しであると思われる。しかも、行政機関は自分の解釈をいつでも修正できることを思い浮かべると、法の支配と制度適性判断の基準との間に何らかの緊張が存在していることが分かる。すなわち、行政国家において法の支配が垂直的一貫性のみならず、水平的一貫性にもかかっていること、つまり、時間の流れによるルールの一貫性(垂直)だけではなく、社会の他の規範とルールとの一貫性(水平)も重要だが<sup>219</sup>、前者が行政機関によって主に行われる反面、後者は行政機関がトンネル的視野を持ちやすく、目的指向が強いので、裁判所の方が適切であると評価される。

FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.事件<sup>220</sup>とGonzales v. Oregon事件<sup>221</sup>はともに最高裁が行政機関の解釈に謙譲しなかった事件である。というのも、事案が重要すぎて黙示的な解釈権限の委任を支持できないからであった。最高裁は「議会はネズミの穴に象を隠さない」とし<sup>222</sup>、明確な委任のない重要事案については、行政はその解釈権限を主張できないとした。このような事例では、法的文脈と社会的文脈に関連してその解釈が憲法的価値を含めてより広い公的規範と一致しているかを問い、行政機関の方が責任がより重くて専門知識が優れているとしても、慎重に考量してその行政解釈を断ることが出来るということを示してくれる<sup>223</sup>。かように、自由や平等利益を制約する政策の正当化と、その決定を行う部門に関わる要素の制度適性の調和に対する裁判所の審査という調整作業がともに機能していることが分かる<sup>224</sup>。最高裁が行政手続を工夫して解釈し、行政法を構築するために行政機関の行為を抑制と均衡というより広範な憲法のシステムの中で考察しようとする政治からの実務的な要求を受容して来たことは、委任禁止法理が経験してきた歴史をみても分かる。最高裁はこのような政治を拒むよりむしろ受け入れて、依然として核心的な憲法価値の保障に取り組むが、これは政治と手続の間での動揺ではなく、行政過程で自分自身を政治的仲裁者として位置付けることになることと評価されている。<sup>225</sup>

---

④ Beth Israel判決の謙譲：制定法を構成していて、合理的な解釈を許しているChevron基準適用前に行われる謙譲。謙譲ケース全体の4.8%、行政機関の勝訴率 73.5%。

⑤ Skidmore判決の謙譲：専門家である行政機関の判断に与えられるものとして、説得力に比例して謙譲される。謙譲ケース全体の6.7%、行政機関の勝訴率 73.5%。

⑥ 裁判所がいわゆる謙譲は適用しないが、行政機関の諮問的意見(例、準備書面(amicus briefs)、解釈規則やガイダンス、マニュアル)に依拠し、その理由付記や意思決定過程を指導するのにその諮問を利用するものとして謙譲ケース全体の17.8%、行政機関の勝訴率 80.6%。

⑦ 反・謙譲：行政機関の刑事事件や深刻な憲法問題を来す行政機関の解釈の場合、その反対となる推定を適用するものとして、謙譲ケース全体の6.8%、行政機関の勝訴率 36.2%。

⑧ 無謙譲：その場しのぎの司法の論証によるものとして謙譲ケース全体の53.6%、行政機関の勝訴率 66%。William N. Eskridge, Jr., Lauren E. Baer, The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan, 96 Geo.L.J.1083 (2008) at 1097-1100.

<sup>219</sup> Id. at 1180.

<sup>220</sup> FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 529 U.S.120 (2000). 連邦最高裁が食品医薬品局(FDA)が連邦食品・医薬品・化粧品法(FDCA)の適用対象の範囲をタバコ製品にまで拡大できるとした解釈に対して司法の謙譲を受ける資格がないと判断した事例。

<sup>221</sup> Gonzales v. Oregon, 126 S.Ct.904 (2006). 連邦薬物管理法(CSA)の適用範囲を医師による自殺ほう助にまで拡張する解釈に対して司法の謙譲はしないとされた事例。

<sup>222</sup> Id. at 921.

<sup>223</sup> Lisa Schultz Bressman, Deference and Democracy, 75 eo.Wash.L.Rev.761 (2007) at 776-779. (以下、Deference and Democracy)

<sup>224</sup> Aziz Z. Huq, The Institution Matching Canon, 106 Nw.U.L.Rev.417 (2012) at 455.

<sup>225</sup> Lisa Schultz Bressman, Procedures as Politics, at 1821.

### 3. 行政立法の形式及び手続【手続的デュー・プロセス】

デュー・プロセス条項には議会の立法過程における完全性を保障する機能があるが、これは行政機関への立法委任の正当化にも繋がる。つまり、デュー・プロセスを満足させる行政立法の制定手続は、少なくとも、行政立法プロセスで起こる行政機関の恣意・専断が、議会の立法プロセスで起こる議会の恣意・専断より少ないことが保障できるように公正で熟議的なものであることが求められるので、そのための手続的な安全装置が置かれなければならない<sup>226</sup>。しかし、このような論理上の関係はともかく、上記で見たように規則制定とデュー・プロセスの関係は決して明確にされて来たわけではない。

手続的デュー・プロセスが今まで委任禁止法理との関係であまり主張されなかった理由は、判例と主要な行政法の論文が手続的デュー・プロセスが政策(規則)に対してではなく、個別化された意思決定(裁決)のみに適用されると明確に表明し<sup>227</sup>、以来、行政機関が一般化された政策決定に取り組む時に、個人はその聴聞を求める憲法上の権利がないのでデュー・プロセス条項が行政機関に規則制定手続への市民参加を義務付けているわけではないと裁判所が判断したためである<sup>228</sup>。この判例は裁判所が行政機関に追加の手続要件(この場合は参加手続)を加えることを制約する判例ではあるが、行政機関の規則制定を実体的に審査することそのものを制限するものではないと評価されている<sup>229</sup>。つまり、最高裁は行政機関の規則制定への個人の参加権を憲法上の権利としては否定しているが、必ずしも、行政機関の規則制定に手続的デュー・プロセスの適用を否定しているとは限らない<sup>230</sup>。

一方、行政法学ではほとんど注目されてこなかった観点であるが、最高裁の委任事例は憲法が議会に対して実体的にも、手続的にも行政立法を制約することを求める原則を支持して来たという分析がある。この主張によれば、今まで見て来た数多くの委任事例も含めて、例えば、*Wichita R.R. & Light Co. v. Pub. Util. Comm'n*<sup>231</sup>判決、*Hampton*<sup>232</sup>判決、*Panama Ref.Co. v. Ryan*と*A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*<sup>233</sup>判決、*Carter v. Carter Coal Co.*<sup>234</sup>判決、*United States v. Rock Royal Co-op, Inc.*<sup>235</sup>判決、*SEC v. Chenery Corp.*<sup>236</sup>判決、*Hampton v. Mow Sun Wong*<sup>237</sup>判決、*FCC v. Fox Television*

<sup>226</sup> Evans. J.Criddle, *delegation begets domination*, at 169.

<sup>227</sup> *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization* 239 U.S.441 (1915). 各個人の身体及び財産に時には破滅に至るほどの影響が及ぶ行政機関の規則制定が許容される根拠は、合衆国憲法修正第5条のデュー・プロセス規定に基づいて、いくつかの要素を揃えた裁決や聴聞を要求している。

<sup>228</sup> *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*, 435 U.S.519 (1978).

<sup>229</sup> Evans. J.Criddle, *delegation begets domination*, at 167-168.

<sup>230</sup> *Id.* at 169.

<sup>231</sup> 260 U.S.48 (1922) at 59. 立法権委任の純粋な防止のために、行政機関に特定の過程における手続と特定の決定ルールを課さなければならないとした事例。

<sup>232</sup> 276 U.S.394 (1928) at 409. 明確性原則が確立されたこの判例ではすべての利害関係人に告知と証拠を提示して聴聞する機会を与えなければならないとし、熟議的な行政手続の大切さを明らかにして委任と行政手続の不可分性を確認した事例。

<sup>233</sup> 293 U.S.388 (1935) at 433, 295 U.S.495 (1935) at 541. 委任された権限を遂行するのに適切な行政手続を規定しなかったため、その委任は明確に恣意的なものであるとした判例。

<sup>234</sup> 298 U.S.238 (1936) at 311. 当該の委任が合衆国憲法修正第5条のデュー・プロセスによって保護される権利を明確に否定したものに該当すると判断した事例。

<sup>235</sup> 307 U.S.533 (1939) at 576. 実体的・手続的制約2つともに個人の自由を恣意的な行政規制規則から保護すると言う共通の目的を提供するので、議会による委任の司法審査と行政手続は密接な関係を持っていると確認した事例。

<sup>236</sup> 332 U.S.194 (1947) at 196-197. 行政機関に、いかにして立法指示に従って規則を施行するかを説明するように求める事で委任禁止の価値を高めるとした事例。

<sup>237</sup> 426 U.S.88 (1976). 既存の考え方とは異なって、手続的デュー・プロセスは行政の規則制定を制約するのに適用されると判決した。行政機関が一般性のある規則を制定する時に、個別の告知と意見聴取に対するデュー・プロセスを求める権利を個人は持っていないとされていたが、この判決は公正で熟議的な手続の結果ではない行政機関の規則から、合衆国憲法修正第5条がその個人を保護するという点を確立した事

Stations, Inc. 238判決をすべて考え合わせると、行政の恣意を抑制するために、議会は立法権を一定の形式性のある公正かつ熟議的な手続を通じて委任した上に、提案された規則制定の告知を発し、利害関係人にその規則制定に関するデータ、意見、もしくは主張の提出を通じて参加の機会を与え、行政機関は、さらに自分の決定がその権限の範囲に属するものであると制定法の基準と一致していることの合理的な説明をしなければならないことになっている<sup>239</sup>。

このように、最高裁も行政立法が制定法の基準に公にアクセス可能で、一貫性のある法的規則を導き出す熟議的な意思決定を含める時にその正当性を認めていることを踏まえて<sup>240</sup>、以下ではこのような内容が行政法の法理としていかに判決で確立されているのかを考察する。なお、このような行政法上の原理には主に理由付記および説明責任を保障する側面があるが、このような手続的デュー・プロセスの強調が、委任禁止法理の最も重要な機能である「議会による統制」機能を生かせることにも役立つことを触れておきたいと思う。

## (1) 熟議民主主義とHard Look審査

### 1) 政治統制モデルと熟議民主主義

既に見たように、過去4半世紀の間、アメリカ行政法において優位を占めていた行政国家の正当化理論である、大統領統制モデルに代表される「政治統制モデル」は、規制行政機関の裁量の民主的正当性の根拠を公務員の監督とその統制能力に置いている。このように多数決主義・多元主義的民主主義構想に依拠する政府の主な役割は、単に大衆の政治的選好を事前に確定して執行することのみである<sup>241</sup>。しかし、このような政治統制モデルはその不完全なところにより多くの批判が寄せられている。ここで詳しくは見ないが、議論の理解のために少し纏めると、大きく分けて、多数決主義原理の欠点と大統領の代表性の問題が挙げられる。まず、多数決主義原理は純粋に手続的理論として実体的な内容に対する熟考が不足している点、論理上少数者は必ず存在する構造になっているにも関わらず、少数者の観点や利益を考慮する義務は課せられていない点、多数決による投票は二者択一の案件では有用であるが、公共政策のほとんどの重要な問題は多様な方法で解決するのが有益である点等が挙げられており<sup>242</sup>、このような指摘は行政の政策決定が純粋に多数決式になっては望ましくないことを裏付けている。大統領の代表性と責任に対しても批判は寄せられている。まず、大統領の規制行政への度が過ぎた干渉が、独立行政機関が政治からの独立を維持できないようにする可能性がある点、そもそも全国的な支持を受けて選ばれた大統領であってもその代表性に疑問が生じる場合もある点がある<sup>243</sup>。また、選挙による責任は重要ではあるが、有権者らは候補者の一般的なイデオロギーのみならず、戦争やテロリズムのような表立った政策事案に基づいて投票する傾向があるので、特定の規制政策とその責任とを結びつけることが困難な場合がよくあること<sup>244</sup>、次の選挙での有権者の判断を恐れて大衆の意志に答えるという保障は現に存在しないことが指摘されている。

例。

<sup>238</sup> 129 S.Ct.1800 (2009) at 1823. Kennedy裁判官は理由付けされた意思決定を要求するAPAでの要件が行政機関の独特な憲法上のポジションから始まるとする賛成意見の中で、行政手続と委任問題を連携して説明している。

<sup>239</sup> Evans. J.Criddle, *delegation begets domination*, at 177. 前註の判例の要旨もこの引用に依拠する。

<sup>240</sup> Id. at 175-176.

<sup>241</sup> Glen Staszewski, *Political Reasons, Deliberative Democracy, and Administrative Law*, 97 Iowa L.Rev.849 (2012) at 856-857. [以下、Political Reasons, Deliberative Democracy]

<sup>242</sup> Id. at 862-863, より詳しい内容と各々の根拠は参照、n54-59の文献参照。

<sup>243</sup> 大統領の選挙制度を採用している国であっても、韓国の場合には超過半数獲得が制度化されていないし(国民の3割強で当選が可能)、アメリカのように選挙人団の勝者総取り方式の場合、Bush-Gore大統領選挙のケース(Bush v. Gore, 531 U.S.98 (2000))のように、全体得票数とは反対の結果が出される場合もあることも、その代表性が問われる例であると思われる。

<sup>244</sup> Lisa Schultz Bressman, *Deference and Democracy*, at 782.

そこで、政治統制モデルの代償として提案される正当化モデルが「熟議民主主義」モデルである<sup>245</sup>。このモデルは行政プロセスが公共善を促すことを前提として、そのための合理的な熟議に任ずるべき公務員の義務に焦点を合わせる。行政機関の公務員はすべての関係利害と観点を考慮する意思決定プロセスに取り組みなければならないし、彼らはその決定に対して競争関係にある市民に受け入れられるような合理的な説明をしなければならない。政治統制モデルが優越した政治権力の分配による意思決定に重点が置かれることとは対照的に、熟議民主主義モデルは互いを尊重し合う議論であることと、皆の利益と観点が意思決定において考慮されることの重要性を強調する。前者が純粋にその性格が手続的である反面、後者は政策選択の手続的・実体的有効性をともに持っており、何よりも、恣意的な政府の行為を統制することを目指す傾向がある<sup>246</sup>。したがって、このような政府の裁量を統制するための、恣意性・専断性審査、あるいは、Hard Look審査としてよく言われる司法審査で行政機関が自分の決定を妥当な理由によって正当化することを確認する点で、理由付記も熟議民主主義理論の核心要素になることは理解しやすいと思われる<sup>247</sup>。熟議的要素は現在用いられている行政法の道具から既に発見されている。APA上の告知及び意見聴取手続、Hard Look審査、それからChenery法理がそれに当たり、アメリカ行政法の重要な発明品とも言われるものである<sup>248</sup>。以下では、熟議過程を含む手続的形式性に重大な意義をもたらしたMead判決も含めて、行政法における熟議の要素を確認することにしたい。

## 2) Hard Look審査と熟議プロセス

熟議民主主義理論の最も根本的な原則を確実に含意して正面から採用し、よくできた法理の中で一番優れていると高く評価される<sup>249</sup> Hard Look審査は、Harold Leventhal裁判官によって主張されて以来<sup>250</sup>、Overton Park判決<sup>251</sup>で承認を得て、State Farm判決<sup>252</sup>で再確認された行政機関の規則に対する審査基準である。Overton Park判決では既存の略式規則制定は最低限の合理性さえ満たせばその適法性が推定されたが、事情は一変し、その規則の合理性を行政記録に基づいて判断したのかを実体的に裁判所が審査するようになった。特に、State Farm判決では行政機関は関連データを精査し、根拠付けられた事実と行われた選択の間の合理的な関連性を含めてその行為に対する十分な説明をしなければならないことが明確にされた。裁判所は行政機関の判断を代置してはならないが、その代わり、その判断が関連要素の考慮に根拠付けられているのか、その判断に明らかな誤謬はないのかを考慮しなければならないという法理を確立した<sup>253</sup>。本稿との関連において、Hard Look審査は2つの側面で意味を持っている。そのうちの1つは手続(process)・実体(substantial)議論の観点であり、もう1つは熟議的責任というパラダイムである。

まず、Hard Look審査基準と関連して、現に手続・実体の議論は純粋に歴史的関心の問

---

<sup>245</sup> 熟議民主主義は最近政治理論の最も活発な領域になっているが、多数決主義や多元主義的民主主義の理論が現代公法を(依然として)支配している傾向である。Glen Staszewski, *Political Reasons, Deliberative Democracy*, at 885.

<sup>246</sup> *Id.* at 886-887.

<sup>247</sup> Glen Staszewski, *Reason-Giving and Accountability*, 93 Minn.L.Rev.1253 (2009) at 1278-1281.

<sup>248</sup> Kevin M. Stack, *Interpreting Regulations*, 111 Mich.L.Rev.355 (2012) at 377-378.

<sup>249</sup> Glen Staszewski, *Political Reasons, Deliberative Democracy*, at 892.

<sup>250</sup> *Greater Boston TV Corp. v. FCC*, 444 F.2d 841 (D.C. Cir. 1970), cert. denied 403 U.S. 923 (1971).

<sup>251</sup> *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971).

<sup>252</sup> *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S.29 (1983).

<sup>253</sup> ここで§706(2)(A)における恣意的・専断的な行政機関の規則を確認しているが、その例として、第一に、行政機関が問題の重要な側面を全面的に考慮することができなかった時、第二に、議会が考慮することを意図しなかった要素に基づいて判断した時、第三に、行政機関の前に出された証拠に反する説明がされたとか、あまりにも説得力がなくて観点の差や行政機関の専門知識に起因したものとは思えない時が挙げられている。



題になり、もはや議論されなくなったことが知られているが<sup>254</sup>、ここではVermont Yankee判決<sup>255</sup>で行われたHarold Leventhal裁判官とDavid Bazelon裁判官の論争が制度適性とも深く関係しているので、改めて見ておくことにしたい。Leventhal裁判官の最初の公式ではHard Look審査は関連要素を厳しく精査すべき行政機関の義務を指すものであったが、時の流れにつれて徐々に行政機関の論証(理由付記)に対する裁判所の厳格な精査を含意するようになった<sup>256</sup>。これについてBazelon裁判官は、提訴される複雑な規制問題の大部分において行政機関によって提供される証拠や主張を評価するのに必要な技術的背景を裁判官は持っていないので、State Farm判決で承認されたようなHard Look審査をするには裁判官は不適格(incompetence)であると思っていた<sup>257</sup>。そこで、裁判官は、科学コミュニティと大衆の審査に持ち出される、理由付けられた決定を保障する意思決定プロセスを確立すべきであり、そのための最も良い方法は政策決定に至る判断過程の合理性を聞く審査を前提として、行政手続(process)を強化する努力に集中するものである。ただし、裁判官が具体的な手続(procedures)を規定するのは不適切で、行政機関がその手続を選択する裁量を持つと主張した<sup>258</sup>。他方、Leventhal裁判官は、司法審査は技術的・政策的な再決定ではなく、公益の向上のために行政機関とは解釈パートナーシップを持ち、議会がその法律の目的に照らしてHard Look審査に伴う複雑な科学的・技術的データを審査することを審査裁判所に求めているとした。そして、裁判官が直面する技術的・科学的な内容の扱いの困難さを否定したというよりむしろ、その点については認めながらも、議会が行政手続法(APA)において裁判官が実体的審査をする義務を定めており、裁判官らは正当な理由無しにこの義務を拒む事は出来ないという理由で、Bazelon裁判官の手続ベースの司法審査には同意せず、結果的に実体的Hard Look審査に落ち着いた<sup>259</sup>。

このように、結果は単に実体的Hard Look審査の勝利であったとして受け入れるのは語弊があるが、APAは提案された規則に対して意味のある意見提出の機会を利害関係人に与えることを要求し、審査裁判所は行政機関の遂行過程の合理性を確信するためにその立証負担を行政機関に負わせる。具体的な手続を行政機関に司法的に課することは拒絶するが、

---

<sup>254</sup> Hard Look審査の実体性・手続性をめぐって行われる議論は、熟議民主主義モデルの手続的・実体的性格が議論されるのと一脈相通じている。Cass R. Sunstein, Deregulation and the Hard Look Doctrine, 1983 Sup. Ct. Rev. 177.; Cass R. Sunstein, In Defense of the Hard Look: Judicial Activism and Administrative Law, 7 Harv. J. L. & Pub. Pol'y. 51 (1984); Merrick B. Garland, Deregulation and Judicial Review, 98 Harv. L. Rev. 507 (1985) at 545. 両著者の議論を比較分析したものとして、西田昌弘「Hard look法理の変容と行政機関の応答義務」立命館法政論集1号(2003)。一方、この議論は決着して2000年以後の行政法教科書にはほとんど載らないようになったとされている。Krotosznski, Ronald J. Jr., History Belongs to the Winners: The Bazelon-Leventhal Debate and the Continuing Relevance of the Process/Substance Dichotomy in Judicial Review of Agency Action, 58 Admin. L. Rev. 995 (2006) at 997. [以下、The Bazelon-Leventhal Debate]

<sup>255</sup> Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC, 435 U.S. 519 (1978).

<sup>256</sup> National Line Ass'n v. EPA, 627 F.2d 416 (D.C. Cir. 1980) at 451, n126.

<sup>257</sup> Ethyl Corporation v. EPA, 541 F.2d 1 (D.C. Cir. 1976). Hard Look審査による副作用としてよく言われるものとして、ジェネラリストである裁判官の誤った理解と判断、本音では実体的・イデオロギー的な理由で行政機関の政策選択を支持しないため、表面的な誤謬を理由にして不適切に判断を代置すること、行政機関に過度なコストを負担させること、行政機関が提出する理由付記が実際の意思決定プロセスとはその関連性が低いという事実等が挙げられている。これに対してHard Look審査の支持者はこのような批判が不適切で誇張されたものであるとし、当該審査は行政機関の多様な科学技術的理論や証拠における選択が合理的であったのかだけを判断するものであって、その論証過程について重要な評価の遂行に必要な背景情報はジェネラリストである裁判官が獲得することができると反論する。そして現に規制目的を果たす行政機関の機能を過度に引き延ばすほどのコストもかからないし、新しい規則を作るためにコストが増えることは望ましいことで、結果的により良き形態の政策決定になるとしている。John F. Manning & Matthew C. Stephenson, Legislation and Regulation, Foundation Press (2010) at 767-780.

<sup>258</sup> Krotosznski, Ronald J. Jr., The Bazelon-Leventhal Debate, at 999-1001.

<sup>259</sup> Id. at 1002-1004.

同時に手続の質を司法審査の重要な要素として判断している<sup>260</sup>。基本的に公正なプロセスを用意周到に遵守する行政機関は高度の謙譲の対象になる<sup>261</sup>。裁判所が行政機関の手続の質にこのようにこだわる理由は、おそらく大抵の場合、その手続的な面と実体的な面の区別が難しいという点<sup>262</sup>、また、結果として出された規則の長所より規則制定プロセスの合理性を評価する方がより競争力がある点<sup>263</sup>、それから、行政機関の作業が信頼できるプロセスから得られた結果である場合にはより多くの信頼を与え、審査裁判所が手続的ミスを見つけ出すことを選んだ場合には行政機関もその作業を真面目に説明するインセンティブを持つようになる点が挙げられると思われる<sup>264</sup>。

このような行政機関のHard Look審査による理由付記機能の強調は、熟議的責任というパラダイムとも深い関係がある。委任禁止法理の退化は、曖昧で広範な制定法の指示しか存しない場合には、行政機関に制約のない数多くの執行が出来ることを意味するが、専門知識に依拠する行政機関の意思決定にHard Look審査の適用を主張することは、行政機関へのこのような過大な権限の移転に対する司法統制を可能にすると同時に、政治的決定に対する司法統制も可能にする。理由付記は熟議民主主義において関連情報の利用が最も容易な位置にある政府にその情報に基づいて妥当な選択をさせること、また、少数者の利益と観点を適切に考慮に入れることを保障して政策選択を正当化することを支えてくれる。このような点で理由付記は民主主義の政治的・道徳的な正当性にとって根本的なものとして憲法上要求されているか否かとは関係なく、具体的な政策選択に公務員が責任を取る、選挙の代替案として提案されている<sup>265</sup>。なお、もし理由付記が民主的責任に関わるメカニズムとして想定されると、司法府は日常的にその決定に対する熟考された説明を提供されることを期待し、行政機関はHard Look審査を含めて、よく熟考された説明を求める手続的安全装置に服さなければならないという点で、現代公法において既存の認識されている制度適性のヒエラルキーは完全に覆される結果が招かれることになる<sup>266</sup>。

一方、Hard Look審査の理由付記要件は、裁判所に行政機関が専門知識に基づく意思決定を議会の指示に従って行ったと確信させる<sup>267</sup>。これによって、裁判所はより容易く行政機関が「立法」権ではなく単に議会の指示を「実施」、「執行」しているというフィクションを維持し続けられる<sup>268</sup>。また、このように多数決主義のパラダイムから逃れることで、最高裁が委任禁止法理を維持する苦しみに甘んじながら、なぜその適用は拒んでいるのか、すなわち、なぜ行政法に基準要件を提示させる可能性を残して、憲法が行政基準要件を指示することを断っているのかを分からせてくれる<sup>269</sup>。

---

<sup>260</sup> III.3.(2) 2) Mead判決の説明参照。

<sup>261</sup> Id. at 998. それに実体的な審査に相応しい司法府の適性のためには、そもそも代案的ビジョンが存在していたにもかかわらず、選択しなかったということも手続ベースの審査の説得力を高めるという意見もある。すなわち、フランスやドイツの特殊化された裁判所は行政機関の作業結果の合理性を監督する責任を負うが、これが現実との関係で何らかの合理的な結果を示すことを保障し、あるいは利用可能な科学的証拠の側面で合理的な推定をすることにつながるならば、特別裁判所を選択するのが正しかったはずだとされている。at 1009. ちなみに、アメリカは行政裁判所の開設を考慮したことがあるものの、APAを採用する一方で、通常裁判所で行政事件を扱うことになって現在に至る。

<sup>262</sup> Antonin Scalia, Vermont Yankee: The APA, the D.C. Circuit, and the Supreme Court, 1978 SUP. CT. REV. 345 (1978) at 391.

<sup>263</sup> Krotoszynski, Ronald J. Jr., The Bazelon-Leventhal Debate, at 1006.

<sup>264</sup> Id. at 1014.

<sup>265</sup> Glen Staszewski, Reason-Giving and Accountability, 93 Minn.L.Rev.1253 (2009) at 1283-1284.

<sup>266</sup> Id. at 1297-1298.

<sup>267</sup> Kathryn A. Watts, Proposing a Place for Politics in Arbitrary and Capricious Review, 119 Yale L.J.2, (2009) at 79.

<sup>268</sup> Whitman v. Am. Trucking Ass'n, at 473, 488.

<sup>269</sup> Lisa Schultz Bressman, Beyond Accountability, at 515. 連邦最高裁がなぜ大統領の責任性よりも手続的形式性を選択したのかについて、より詳しいことはIII.3.(2) 2)参照。

## (2) 規則制定手続と委任の関係(APAの告知及び意見聴取手続)

### 1) アメリカの規則制定手続

アメリカの規則制定手続は大きく3つに分けられる。すなわち、行政手続法(APA)の§552と§553は公表モデル(Publication model)、告知及び意見聴取規則制定手続モデル(Notice-and-Comment model)、正式聴聞モデル(Formal Hearing model)の3つを定めており、軍事・外交機能に関わる事項や、政府の財産的機能に関わる事項の外、個人に不利益を与えるすべての規則制定はこの3つの中の1つの手続を経なければならない。特に、告知及び意見聴取規則制定手続は別称「略式規則制定手続」とも呼ばれ、最も一般的な規則制定手続として、立法的規則(legislative rules)に分類される。本稿でいう規制規則・規則(regulation)もこれに当たる。行政機関、私人である当事者、裁判所すべてにおいて成文法的な効力を持っている。これの最大の特徴はその略式性にあるが、告知に含まれるべき事項は緩やかに定義され、法的権限や意見提出期限のような手続的細部事項に加えて、提案された規則の条文、要旨、あるいは含まれている争点や主題に関する説明を明示するに止まる<sup>270</sup>。

一方、公表による規則制定は非立法的規則(Nonlegislative rules)として、解釈規則、政策に対する一般的な説明、または行政機関の組織・手続・事務に関する規則が挙げられ<sup>271</sup>、告知及び意見聴取規則制定手続は別個の規定によって要求されない場合には、一般的に経る必要はなく、法的効力もない。ただし、§552(a)(2)は「適切に公表される場合、大衆に影響を及ぼす可能性がある最終命令・意見・政策説明・解釈又は職員の業務便覧や指針は行政機関ではない相手によって先例として用いられ、引用されたりすることができる」と規定されている。従って、これらが持つ効力は司法的先例が持っている効力に類似しているが、内部規範としてはともかく、外部から見てその妥当性が法的義務の根拠になるわけではない<sup>272</sup>。もし、行政機関が執行府が発表した文書がまるで支配力があるかのように行為し、議会で制定された規範と同等に当該の文書を取り扱って、執行行為が文書に規定されている政策または解釈に基づいており、このような文書の規定に適しない場合、行政機関が許可を無効にするという認識を私人や州政府に抱かせたら、執行機関の文書はとにかく実質的拘束力があるとされる<sup>273</sup>。

多少よく知られているこのような規則制定手続について、ここで纏めた理由は規則制定のプロセスに実は2つのバージョンがあって、1つ目は上記のように教科書で記述されるような、学者が典型的に研究するものであり、2つ目は実務で使われるものであって、この2つにはずれがあることを確認して置くためである。前者は相対的に単純な告知及び意見聴取手続に該当するが、実務では多くの行政機関が意見聴取の機会を与えずに拘束力のある規則を発効する。例えば、異議が提出されない限り、公刊後に一定期間の効力を持つ「直接的な最終規則」を発効することが可能であるし、「暫定的・過度的最終規則」を発することも出来る。また事前の告知や意見提出を差し控えるべき重大な理由があれば事後的に意見提出をもらうこともできる。これらはAPAには書かれていないが、正当な理由がある場合には、このような事前告知と意見聴取の省略が起こるようになる。また教科書バージョンの規則制定には1次的な制定手続、つまり、1回の規則制定案告示(NPRM : Notice of Proposed Rulemaking)、1回の意見聴取、そして1回の最終規則が存在するが、現実では第2、3のNPRMも可能である。また、提案された1つの規則に対しても複数の意見聴取期間をおくことができるし、最終規則の前に過度的な規則を発効することも可能である。最後に、教科書バージョンは意見聴取期間の終結後に行政機関が最終規則を出す想定しているが、

<sup>270</sup> APA §553 (b). Peter L. Strauss, *Administrative Justice*, at 221-222, n 134. また、提案された規則の本文及び行政機関に提案された措置の根拠になると思われる資料さえも要求されない。目的と根拠に対する簡潔で一般的な説明だけが要求され、そのような陳述は英語使用者なら理解できるものである。

<sup>271</sup> APA §553 (b) (A).

<sup>272</sup> Peter L. Strauss, *Administrative Justice*, at 222-224.

<sup>273</sup> *Appalachian Power Co. v. EPA*, 208 F.3d 1015 (D.C. Cir. 2000) at 1021, Id. at 257-258から抜粋。

行政機関は意見を受けた後、最終規則を制定しないと決定することもあるし、告知及び意見聴取手続を通じて制定された時には同じ手続を踏んで規則を取り消さなければならないが、それと異なって、正式のプロセス無しに提案された規制規則を一方的に断念することも可能である<sup>274</sup>。このような慣行は政治的な変動が規則制定のプロセスの中で相当な変数として働き、その手続的形式性が法的効力に多くの影響を与えていることを表してくれるが、特に、告知及び意見聴取手続は規則制定に一定の手続的形式性を備えさせて裁判所が委任の範囲や謙譲の程度を判断する際の基準を与えている。

## 2) Mead判決と委任

アメリカ行政手続法§553は規則制定手続を定めた条項であるが、公表による規則、つまり、解釈規則・政策宣言などのような非立法的規則制定は法律によって告知及び意見聴取が求められる場合を除いて、この手続は適用されない。しかし、立法的規則と解釈規則は内容上、その区別が明らかではなく、形式上の区別基準と言われる法律の委任の有無や法的拘束力の有無が明確ではない場合もある。それにも関わらず、事実上の権利・利益に影響を及ぼす場合もあるので、これに対してChevron謙譲が主張され、時々裁判所にもその主張が受け入れられるなど、多くの混乱が起こるようになっていた。他方では、委任された権限の範囲内で公開的な手続によって出された結論にだけChevron謙譲が適用されるべきであると強く主張されるなど、非立法的規則制定への適用について様々な議論が行われてきた。

Mead判決<sup>275</sup>はいわゆるChevron「0」段階を確認した判決とされ、Chevron「1」段階に入る前に問題の規則が正式裁決ないし告知及び意見聴取が課された規則制定手続の形式を取っているかを判断した上で、ある程度の形式性が認められるとChevron判決と同様の判断に移り、その形式性を満たせなかったらSkidmore判決による謙譲が払われるに止まるという法理が確立された。Chevron判決に基づく審査強度は「1」段階では裁判所による判断代置が可能であり、「2」段階では合理性審査になるが、Hard Look審査が同時に行われる傾向がある。それに比べてSkidmore判決の審査強度は基本的に裁判所による判断代置が可能であるが、徹底した検討があったのか、理由付記は有効なものであったのか、行政活動の前後の見解に一貫性はあるのか、その他説得力に役立つ諸般の要素の有無といういわゆる説得性の審査を行い、それに説得力があれば謙譲されるが、その謙譲の程度は低く、比較的審査が厳格である<sup>276</sup>。しかし、この時にも解釈規則そのものに本来の法的拘束力が備わっているわけではなく、あくまでも裁判所が当該の解釈規則に法的拘束力を与えるのである。

<sup>274</sup> Anne Joseph O'Connell, Symposium: Agency Rulemaking and Political Transitions, 105 Nw.U.L. Rev.471 (2011) at 476-478.

<sup>275</sup> United States v. Mead Corp., 533 U.S.218 (2001) at 231-233. 税関の公務員がMead社が輸入を希望した製品等に適用される関税率解釈規則を公表したが、Mead社は自分の輸入品に課された関税に異議を提起した際に、税関が自らChevron法理を主張した。税関が正式手続を経ないで自分の解釈基準を形成し、同じやり方でその基準を変更することができる点に裁判所は注目して、「議会はそのような効力の表明の基底になるべき「公正性と熟考」を養う、比較的形式性のある行政手続を提供する時に、法の効力がある行政行為を想定していたと推定するのが合理的である」とした上で、Chevron法理を適用することはできず、ただしその状況が許す限り、Skidmore原則の適用が認められると判断した。

<sup>276</sup> Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S.134, (1944) at 140. 立法的規則と非立法的規則(解釈規則)について、常岡孝好「司法審査基準の複合系」原田尚彦先生古希記念『法治国家と行政訴訟』(有斐閣、2004) 357頁; 常岡孝好「解釈規則(interpretive rule)について、塩野宏先生古希記念『行政法学の発展と変革・上巻』(有斐閣、2001) 511頁; 黒川哲志「『法解釈における行制裁量論』への序説・米国における行政解釈尊重原則を手がかりとして」帝塚山大学教養学部紀要46輯 (1996)、今本啓介「アメリカ合衆国における行政機関による制定法解釈と司法審査(1)～(3)」、商学討究 第59巻4号(2009)・60巻2・3号(2009)・61巻1号(2010)。ただし、両者の区別は理論的には区別できるが、現実には不明確であり、解釈規則を繰り返して尊重すると、事実上決定的な法になるという点に注意してほしい。

このような判断構造の正当化のために、行政機関の決定や解釈に対する政治的責任に焦点が合わせられている。つまり、公表による規則や公務員によるその他の文書は行政機関の行為によるものではあるが、その採択は選挙区を持った公務員が行った正当な政策決定とは言えないし、またそのような政策決定を行う公務員に政治的に責任のある上級者に相談させるようなインセンティブはほとんどなく、あるとしても、そのことによって議会や大統領の意中が分かるとは言い難い。従って、Mead判決はChevron謙譲を受けるためには少なくとも政治的に責任のある者が関わったことを表すシグナルが求められることを明確にしたものであると理解することができる。

なお、Mead判決は、法律の文言の意味ではなく、特定の行政手続を「法的効力」とリンクさせて、その手続に焦点を合わせることで議会による立法権委任の有無を問題にする。このような見方は、手続を法の支配の価値を促すためのものというよりも、立法的監督を容易にするので議会にとっても有益であり、また、委任議論に関しても裁判所は形式性が十分な手続を行政機関への立法権委任を暗示するものとして見なすべきであるとしているが、その詳細は章を変えて後述する<sup>277</sup>。

### 3) Chenery判決と委任

Kevin M. Stack教授はChenery判決<sup>278</sup>で確立された法理を行政機関への立法権委任に対する適法性及び正当性とリンクさせた上で、Chenery原則の正式化が委任禁止原則の実行をより豊かなものにしている<sup>279</sup>。Chenery原則とは、行政機関が行使するように権限を付与された決定や判断を審査する裁判所はその決定の当時に行政機関によって適用された根拠に基づいて行政機関の行為の適切性を判断しなければならないという判例法理である<sup>280</sup>。Chenery判決は行政機関の行為を防御するためには、裁判所ではなく、行政機関自らがその行為を正当化するのに十分な理由を表明することを要求し、しかも、その表明は事後的なものではなく、行為当時に付されたものであるべきことを明らかにすることで、その正当性の所在を行政機関の行為当時の理由付けに移動させた<sup>281</sup>。これによって問題関心は単に行政機関の最終行為が許されるものかどうかではなく、行政機関が当時有効な説明を提供したのかどうかの問題になった。この原則は、もし行政機関が当時明示しなかった根拠を裁判所が選択した場合、規制の審査過程で拒否された根拠が選択される可能性が高い点、民主的責任の面で大統領の影響をあまり受けない行政機関であっても、たとえば、告知及び意見聴取の規則制定手続を通じてその政策形成過程に外部による評価が加えられる点によって裏付けられている<sup>282</sup>。

Chenery事件そのものは正式裁判に関する事案であったが、その原則は規則制定から略式裁判まで、法的誤謬を始め行政機関の事実認定における過ちや不十分な理由の表明に至るまで、すべての形態の行政活動に適用される<sup>283</sup>。Chenery原則の根拠としてAPAの理由付記条項や司法権の根拠である合衆国憲法第3条では不十分であるとされており、Stack教

---

<sup>277</sup> Lisa Schultz Bressman, *Chevron's Mistake*, at 554. ここで法の支配の価値より立法者の監督がその根拠となってくることも、目的指向的解釈を正当化すると思われる。

<sup>278</sup> SEC v. Chenery Corp. (Chenery I), 318 U.S. 80 (1943).; SEC v. Chenery Corp. (Chenery II), 332 U.S. 194 (1947).

<sup>279</sup> Kevin M. Stack, *The Constitutional Foundations of Chenery*, 116 Yale L.J. 952 (2007) at 982.

<sup>280</sup> 318 U.S. 80 (1943) at 94. ちなみに、連邦立法の合憲性審査にはこのような要件を課さない理由として、選挙に基づく責任を持つ議会は司法府と共同・同格の政府機構として、その憲法上の権限の行使を正当化する必要がない点、既に、上下院と大統領の同意という基準を憲法が要求している点(第1条第7節)、行政機関のような手続的要求(告知及び意見聴取のようなものの要求)をしていないので、むしろ不予測性を誘発する可能性がある点、要するに、立法の合憲性審査に行政法原理を適用することは不適切である点が挙げられる。Id. 279 at 968-969.

<sup>281</sup> Id. 279 at 963.

<sup>282</sup> Id. at 993-996.

<sup>283</sup> Id. at 1000.

授は委任と謙譲をその正当化の根拠としてみている<sup>284</sup>。憲法上の原理としての委任禁止法理は、事後的合理化を禁じ、明白性原則を補充する機能を果たすことでその目的を遂行する。彼はこのような最新の委任禁止法理の公式化は、いかなる場合においても理由付記に他ならないと断言している<sup>285</sup>。

Chenery原則はそれ自体が委任禁止法理として働くだけでなく、法的効力を持つ権限の委任によるものであるならば適用されなければならない制定法解釈のデフォルト・ルールとして理解しなければならないとされている<sup>286</sup>。すなわち、委任禁止法理が行政法の別の執行モード(例えば、他の解釈カノンとして)として実施されている時にもそれを補完して強化するので、委任禁止法理を施行する制定法の解釈ルールのデフォルト・ルールになるのである<sup>287</sup>。

また、Chenery原則は行政機関がChevron謙譲を享受している代償である<sup>288</sup>。Chevron謙譲を受けるためには責任のある行政機関の行為者が法の強制力に拘束される彼らの決定の根拠を説明しなければならない。議会は行政機関の専門知識と責任性のために権限を付与するという基本的なアイデアの他に、その意図の推定を支持すべき理由および政策的理由を持っていない。しかし、議会在委任して、行政機関がその専門知識や柔軟性を行使するという推定を受けて、Chenery原則が、行政機関がそのようにすることを保障する方法を提供することで、議会在裁判所に如何に行政機関の行為を審査して欲しいのかに関する推定すら繋げる<sup>289</sup>。この点からみても、Chenery原則は委任禁止法理の価値を忠実に実現する。要するに、同原則が事後的合理化を禁じることで政治的責任ラインを明確にする一方で、恣意的な行政決定を防止し、規則性・合理性・透明性を行政機関に要求することで法の支配の価値向上を促す上に、司法的運用も容易にするのである。

その一方で、委任禁止法理において常に焦点になっていたのは明確性原則であって、最高裁はWhitman判決で、そして実は遙かに前から、明確性原則を委任禁止法理の正式な表明としてきた<sup>290</sup>。このように行政機関の明確な表明を強調するChenery原則は、委任禁止法理の要件を満足させるために行政機関にその表明を要求したATA判決を退けたWhitman判決の立場とは一見両立しないように思われる。これに対してStack教授は、委任禁止法理の適用に際してChenery原則はあくまで制定法解釈のデフォルト・ルールとして位置付けられることを主張している。つまり、Chenery原則を委任そのものに含意されたものとして扱うことで、裁判所は制定法を解釈する際に行政機関にその行為の根拠の表明無しに行為する権限は与えられていないことを前提とする。これは委任禁止問題を行政機関に治癒させず、裁判所がChenery原則を通じて委任禁止法理を実施することを提案するので、Whitman判決とも矛盾しないことになる<sup>291</sup>。

### (3) 手続化の限界及び本章のまとめ

行政法が手続を通じて行政機関の行為に対する統制を強化することには批判もある。特に、告知及び意見聴取手続は行政側に多くの時間や費用の負担がかかるので、略式規則制定手続が厄介で手間のかかるものになってしまい、行政機関は解釈的規則や政策声明によ

---

<sup>284</sup> APAが要求する理由付記が欠けているにも関わらずその正当性が認められる場合があることや、そもそもAPAがChenery判決以後に制定(1946年)されている点がその理由として挙げられる。また、合衆国憲法第3条も裁判所に対して行政機関が行為当時に提示した理由の健全性を評価することを求めているわけではないとされている。Id. at 974-981.

<sup>285</sup> Id. at 982.

<sup>286</sup> Id. at 981-982.

<sup>287</sup> Id. at 958.

<sup>288</sup> Id. at 959.

<sup>289</sup> Id. at 981.

<sup>290</sup> Stack教授はこのような明確性の表明への要求は、Chenery原則の適用によるものであると主張している。Id. at 983.

<sup>291</sup> Id. at 1001-1002.

り多く依存するか、規則制定手続に代わって裁決手続を選択することを促されるであろう。場合によっては、ある程度形式的な規則制定手続が求められる行政事務にまともに取りかかること自体を行政機関が断念する事例まで報告されている<sup>292</sup>。すなわち、告知及び意見聴取手続の要求によって現に行政機関の規則制定が硬直化されているのである<sup>293</sup>。また、アメリカの行政機関には、政策を執行する際に裁決にするか、行政規則にするか、その手段の選択に裁量が認められるが、特定の手続を踏んだ行為にだけ法的効力を持たせ、裁判所はまたそれにだけ謙譲する結果となってしまう、実際には選択の裁量も奪われている。それは要するに、行政活動の効率が落ちるということである。このように、効率性はよく手続的形式性とそれが保障する価値の代償になる。

しかし、行政手続のコストが多かろうが少なかりょうが、民主主義は手続を価値のあるものとして評価する<sup>294</sup>。また、一番効率の良い手続が何かを問うのではなく、それより先に、行政機関に規則制定権はあるのか、あるとすればそれをどの程度積極的に行使させるかを問うべきである。手続の効率性は副次的なものであって、基本目的を達成するために効率性の犠牲を選択することは可能であると思われる<sup>295</sup>。何よりも、議会の立法権委任は、行政機関の裁量を指導するために明確性原則・熟議的手続要件・政治的責任及び司法審査のような構造的制約を組み合わせる時に正当化される<sup>296</sup>。立法過程がデュー・プロセスという憲法上の要求を満たせなくなると、裁判所はChevron謙譲を控えなければならないし、場合によっては市民を行政の恣意から守るために規制規則は無視されなければならない。そして、実体と手続はいつもトレードオフの関係にあることを踏まえて、その手続の強化は実体の適切性を確保するためのものであることを常に念頭に置いておかなければならない。

---

<sup>292</sup> Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process*, West Nutshell Series [5<sup>th</sup> ed.] (2006) at 12-29. [大浜啓吉・常岡孝好(訳)『現代アメリカ行政法』(木鐸社、1996)]

<sup>293</sup> Thomas O. McGarity, Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process, 41 *Duke L.J.* 1385 (1992). しかし、そのような手続が従来思われていたほど行政機関の規制規則を抑制したり、遅延させたりしていないという実証的研究もある。Jason Webb Yackee & Susan Webb Yackee, Testing the Ossification Thesis: An Empirical Examination of Federal Regulatory Volume and Speed, 1950-1990, 80 *Geo. Wash. L. Rev.* 1414 (2012).

<sup>294</sup> Lisa Schultz Bressman, *Procedures as Politics*, at 1820.

<sup>295</sup> Pierce, Richard J. Jr., Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking, 47 *Admin.L.Rev.* 59 (1995) at 79.

<sup>296</sup> Evans. J. Criddle, *delegation begets domination*, at 211-212.

## IV. 行政立法に対する司法統制の方法

### 1. 行政機関への差戻し

#### (1) 裁判上の実務

アメリカ行政手続法 (APA) は審査裁判所がすべての関連する法的問題について判断し、憲法及び制定法の規定を解釈して、恣意的かつ専断的な裁量権の行使の場合にはその行政機関の行為、認定及び結論を違法であると判断して取消さなければならないと規定している<sup>297</sup>。行政行為は取り消された場合には基本的に消滅し、もし行政機関がやり直そうとする場合には新しい手続を開始しなければならない。しかし、裁判所はAPAがすべてのケースでこのようなプロセスを求めているとは考えず、単に差戻しをして行政機関に再び機会を与える場合がある。裁判所が行政行為を取り消さないで差し戻す時に、行政機関は裁判所によって確認された過ちの対処に取りかかるが、その間にも行政行為の効力は残り続け、最終的に求められた行為にならなかった場合には、その行為の取消をする権限を裁判所が維持する<sup>298</sup>。

実務では審査裁判所は規則を恣意的・専断的であると判断した時に、通常は行政機関の規則を取り消して差戻しをしていたが、1990年代に入ってD.C.控訴裁判所は取消なき差戻しという対案的な救済策を好むようになった。特にAllied-Signal, Inc. v. NRC判決<sup>299</sup>で確認されたことは、(1) 行政機関が合理的な意思決定をする義務を果たしていなくて規則が恣意的・専断的であると判断されたとき、(2) 行政機関が差戻しに対する自分の決定を立証できる可能性が少なくとも存在するとき、(3) 取り消した結果が相当な支障を惹起するとき、にはその規則を取り消さないで行政機関に差戻しをするとされている<sup>300</sup>。

差し戻された後、行政機関で行われる状況を調べた実証的研究によって、行政機関はいくつかの選択権を持っていることが分かった<sup>301</sup>。若干古いデータではあるが、和解に入るケース(40-50%)、新しい論証又はやり直された手続とともに元来の行為を維持するケース(20-25%)、少なくとも新しい行為に反映される何らかの政策変化をするケース(Chevron以前40%・以後37%)、その他差戻しへの応答を延期するケースで分けられる<sup>302</sup>。和解や既存の行為を維持するケース以外は政策変更をするが、実際にはより多くの事例において、「重要な政策変化」をもたらしていると言える結果が生じているとされている。差戻しの過程で行政機関は通常新しい情報に依拠するよりは既に記録にある事実に基づいて新しい意思決定を行っているが、一部のケースでは新しい情報に依拠して意思決定している事例も確認されている<sup>303</sup>。

#### (2) 差戻しの意味

ATA判決でWilliams裁判官はその実益を挙げて、差戻しの正当性を主張しているが<sup>304</sup>、このような控訴裁判所の慣行については好意的な評価もあれば酷評もある。まず、APA§706の文言と一致するとは素直に解釈できないという点、より密度の高い審査が望ましいとする点を前提として、行政機関の論証に対してより加重する裁判所の審査が求められるよう

<sup>297</sup> 5 U.S.C §706(2)(A).

<sup>298</sup> Emily Hammond Meazell, Deference and Dialogue in Administrative Law, 111 Colum.L.Rev.1722 (2011) at 1738.

<sup>299</sup> 988 F.2d 146. (D.C.Cir. 1993)

<sup>300</sup> Id. at 151.

<sup>301</sup> Id.298 at 1739-1741.

<sup>302</sup> Schuck & Elliott, To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law, 1990 Duke L.J.984 (1990) at 1047.

<sup>303</sup> Id.298 at 1741.

<sup>304</sup> 175 F3d 1027 (D.C. Cir. 1999) at 1037.



になるという点が挙げられている<sup>305</sup>。また、問題のある行政行為を取り消さないで差戻しをすることは法の支配に反するものであり、和解に入らせて問題を暫定化させるという批判、行政機関の問題を長引かせる作戦によって迅速な解決を減少させるという指摘、行政機関への制裁を回避させてしまう等々の批判が加えられて来た。何よりも根本的な批判は、問題の制定法は議会ではなく行政機関に差し戻されることによって、議会に核心になる政策決定を行わせることを保障するという委任禁止法理の最も基本的な目的を弱めるという指摘であると思われる<sup>306</sup>。

一方、近時ではこのような差戻しの慣行に対して高く評価する見解も目につく。例えば、裁判所が規制法そのものを制限するよりは行政機関の解釈を差し戻して彼らの洗練された専門知識を適用し、政治部門とのコンサルティングを通じてより優れた政策を立てる機会を与えるべきであるとする意見<sup>307</sup>、行政機関の不適切な説明が破棄・差戻しの一番大きい原因の1つであるが、差戻しの過程の中でその再合理化と修正を強いられ、行政機関は自分が説明を強化するために努力するので、そのコストを確実に行政機関に負担させることができるとする意見<sup>308</sup>等がある。さらに、取消のない差戻しを使うことで規則制定にかかる行政機関の時間や費用等の手間を節約させ、略式規則制定の活性化という利益が合理的な意思決定の義務を遵守して生じるコストをはるかに上回るとする意見<sup>309</sup>等を挙げることが出来る。また、厳密な審査と行政機関の裁量との間のバランスをとるこの方法によって裁判所と行政機関の有益なコミュニケーションが図れるとする意見<sup>310</sup>、政策的・未来的事案に対して判断する時には最新の知識や科学をますます加えるべきで、アップデートされた情報を使うのは行政機関の意思決定の合法性のみならず行政法の熟議的な目標も補強するため、このような差戻し過程における裁判所と行政機関のコミュニケーション関係を進めるのは望ましいことであるという意見<sup>311</sup>等がある。

## 2. 行政手続の強化と解釈アプローチ

最後に、行政国家において示唆を与えてくれるいくつかの解釈アプローチ提案を紹介することにする。

### (1) 行政法の特徴と解釈アプローチ（行政国家における目的主義的解釈）

Mead判決とAPAの下で告知及び意見聴取の規則制定手続が頻繁に使われている等の実務を背景に学界からも目的解釈の妥当性を主張する傾向が現れている<sup>312</sup>。行政国家におけ

---

<sup>305</sup> Daniel B. Rodriguez, *Of Gift Horses and Great Expectations: Remands Without Vacatur in Administrative Law*, 36 *Ariz. St. L.J.* 599 (2004) at 601. しかし、その前提については議論の余地があるとされている。Id. at 1788.

<sup>306</sup> Camas J. Hubenthal, *American Trucking v. EPA: Unjustified Revival of the Nondelegation Doctrine*, 23 *Environ. Env'tl. L. & Pol'y J.* 17 (2000) at 34.

<sup>307</sup> Lisa Schultz Bressman, *Chevron's Mistake*, at 558, 618.

<sup>308</sup> Kevin M. Stack, *The Constitutional Foundations of Chevron*, 116 *Yale L.J.* 952 (2007) at 973.

<sup>309</sup> Pierce, Richard J. Jr., *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, 47 *Admin. L. Rev.* 59 (1995) at 79.

<sup>310</sup> Ronald M. Levin, *"Vacation" at Sea: Judicial Remedies and Equitable Discretion in Administrative Law*, 53 *Duke L.J.* 291 (2003) at 361, 371.

<sup>311</sup> Emily Hammond Meazell, Id. 298 at 1784-1787. Hammondは差戻しの過程で裁判所と行政機関の裁判とその後の意見交換を対話行為として解した上で、豊富なケース群を紹介し、その望ましさを主張している。それによると、このような対話ケースで行政機関は差戻しを通じて以前の記録に依拠するよりは頻繁にアップデートされた科学を使用しており、これは行政機関の意思決定の正当性だけでなく行政法の熟議的な目的も補強する。at 1741.

<sup>312</sup> この趣旨の論文として、差し当たり、Michael Herz, *Purposivism and Institutional Competence in Statutory Interpretation*, 2009 *Mich. St. L. Rev.* 89 (2009); Kevin M. Stack, *Interpreting Regulations*, 111 *Mich. L. Rev.* 355 (2012); David M. Driesen, *Purposeless Construction*, 48 *Wake Forest L. Rev.* 97 (2013).

る規制規則の法的性格とその役割の特徴がこのような目的主義的解釈アプローチに説得力を与えているように思われる。規制規則は2つの独特な法的性格を持っている。一つは規制規則を解釈する時に、解釈資料と規制文言上の表明とを別個に取り扱って解釈することは合理的ではない点であり、もう1つは、規制規則は明確な目的意識を持っているのでその目的に照らして解釈すべきであるという点である<sup>313</sup>。つまり、規制規則は行政機関の制定法目標や原則を執行するための努力の一部であって、ひとえにその目的と原則に一貫する範囲内で有効であることにより目的指向的な性格を持っている。

議会は合衆国憲法第1条7節の要件さえ満足すれば、立法制定のための目的や根拠を表明する必要はないが、規制規則の場合、APAの告知及び意見聴取規則制定の要件の1つが行政機関がその根拠と目的の簡潔かつ一般的な表明を行うべきことであるとされている<sup>314</sup>。また、1960年代と70年代にかけて司法府はAPAの下でHard Look法理として知られている合理性審査として恣意性・専断性審査基準を考究しているが<sup>315</sup>、その内容として行政機関は必ず関連データを調査し、その行為において発見された事実とその選択の合理的な内容を伴う十分な説明を作成しなければならないとしている<sup>316</sup>。最後に、Chenery原則に従って行政機関が行為当時提示した事実によって論証され、それが支持される場合にのみ、その規則は恣意性・専断性が否定されることになっている<sup>317</sup>。これら3点からすると、行政機関の行為に対する合理性にかなり高い負担を負わせているだけでなく、その根拠と目的を表明することはその効力の有効性の手続的要件ではないが、行政機関の規則制定手続に基づいて出された結果の一部であって、審査裁判所はその根拠と目的の表明から出されたものだけに依拠して行政機関の規則を支持することができる。したがって、規則の実体的有効性は行政機関の根拠と目的の表明にかかっていると言える<sup>318</sup>。それゆえ、解釈をする際にこのような表明を優先的な解釈資料として扱うことで、行政機関の合理的な裁量行使に謙譲を割り当てると同時に、与えられた理由の正当性に照らして規制の文言を解釈することは合理的であるとされている。

このような考え方には、憲法解釈と制定法解釈は分離しているので、その解釈方法も区別すべきであるという前提が置かれている。他方、新文言主義の急先鋒であるScalia裁判官も動態主義の急先鋒であるEskridge教授も、解釈の正当性は民主性と法の支配とで各々別のものに基づいているものの、憲法と制定法の間には類似性があるので同一の解釈アプローチが適用されるという点で共通しているとされている<sup>319</sup>。しかし、このような解釈アプローチの憲法と制定法における収斂は求められていないだけでなく、現に憲法解釈と制定法解釈は分離しているので憲法のアプローチと制定法、その中でも規制目的の規則はその

<sup>313</sup> Kevin M. Stack, *Interpreting Regulations*, 111 Mich.L.Rev.355 (2012) at 377-378.

<sup>314</sup> 5 U.S.C. §553(c). 制定法は定められた内容がその目的を述べていないので、制定法の目的を見分けることが困難であることを理由に古典的なリーガル・プロセス学派は批判されたが、規制規則に対してその批判は該当しない。

<sup>315</sup> 5 U.S.C. §706 (2)(A).

<sup>316</sup> *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S.29 (1983) at 43.

<sup>317</sup> 前述、III.3.(2) 3)参照。

<sup>318</sup> Kevin M. Stack, *Id.*313 at 379. 一方、このような解釈方法が目的主義的アプローチとして見るべきか、それとも文言に表明されている目的と根拠に対する文言主義的アプローチとして見るべきかは疑問の余地がある。Stack教授はまず目的主義的解釈アプローチでは制定された法の目的と行政機関の根拠・目的の表明とがその論理が維持される限り、表明に優先を置いて当の規制規則を理解しなければならないと前提する。となると、両者はその意味の推論過程に差が付いてくるようになる。すなわち、目的主義と文言主義が共に規制規則の文言と根拠・目的の表明からその意味を推論し、関連する他の制定法と規制規則からもその推論を持って来ることになる。その際に、文言主義はソースに対する交差的な推論が意味論的なものになるが、目的主義には政策の文脈と状況をより広範な価値と一貫させることにより多くのフォーカスを合わせる点で差があるとしている。

<sup>319</sup> Kevin M. Stack, *The Divergence of Constitutional and Statutory Interpretation*, 75 U.Colo.L.Rev.1 (2004) at 4. 論文ではScalia裁判官が原意主義者の観点の例証として挙げられている。

解釈アプローチも別々にしなければならないと主張することがある<sup>320</sup>。

これに対して、憲法と制定法・行政立法が互いに影響し合って収斂しているとする立場では、例えば、最高裁が議会の意図を取り上げて、Chevron謙讓の限界を説明する傍ら、Mead判決とSkidmore判決で手続的安全装置と合理化された意思決定の価値が強調されたのはHard Look審査のような憲法的価値に示唆されたものであると主張する<sup>321</sup>。また、最高裁は委任禁止法理の違反によって制定法を無効にしては来なかったが、制定法解釈プロセスを通じて行政機関に与えられた広範な権限を限定して解釈して来たとし、そうすることによって、執行府ではなく議会が法律を作るべきであるという憲法上の原理を促して来たことに照らして、憲法上の規範が司法府の謙讓のレベルだけでなく、制定法が裁判所にどう解釈されるのか、そして行政機関でどう執行されるのかに頻繁に影響を及ぼして来たことは明らかであると主張している。さらに、アメリカの公教育における人種差別を撤廃したBrown v. Board of Education<sup>322</sup>事件のように、制定法と行政立法によって確立された慣行や規範が逆に憲法のベースラインを変える能力もあるので、2つは収斂しているとされている<sup>323</sup>。

ここで検討した収斂の主張と分離の主張は、実はその議論の土台が違うので同一線上で比較するには多少無理はあるが、ただし、分離とする立場から目的主義的解釈を主張するためには熟議の過程が手続として行政法の中で十分に体现されなければ説得力がない点、他方、収斂するという立場において収斂のポイントは憲法の意味が熟議的な対話の結果として出されたものでなければならないことを強調している点で、その前提に共通する点が窺えるように思われる。

## (2) 委任尊重解釈アプローチ (Delegation-Respecting Theory)

今までの議論は主に委任禁止法理による行政の恣意の統制という機能を中心にきて来た。しかし、委任禁止法理の最も大事な機能とされている「重要な政策決定は議会にしかできない」ことを保障する機能に対しては、議会による直接的な行政立法に対する統制は別にして、司法府による委任禁止法理に関わる議論はほとんど出来なかった。ここで紹介する「委任尊重理論」(Delegation-Respecting Theory)はLisa Schultz Bressman教授によって提唱されたものであり、行政国家において行政手続の形式性と司法府の解釈アプローチに議会の役割をいかに包摂することができるのかを見る上で一定の手掛かりを与えてくれると思われるので、以下で検討することにしたい。Bressman教授が提唱するいわゆる「委任尊重理論」は、議会が行政機関に適切な手続権限を与えたことを解釈権限委任の指示として考慮することを裁判所に対して要求するもので、行政機関が適切な手続を踏んでいない場合には議会が上記権限を委任しなかったことになり、その場合には裁判所が議会に統制させるとするものである。

<sup>320</sup> 例えば、原義主義が依拠している民主性という正当性は制定法と憲法がそれぞれ異なった代表制に基盤を置いている点が挙げられている。Id. at 57-58. 動態主義的立場でEsckridge教授が言う法の支配的価値は安全性と予測可能性であるが、その中でも安全性は決定が他部門によって覆されないということから来る。憲法解釈の正当性は憲法修正の難しさのため、いかにして同時代的価値との一貫性を維持するかにあることとは対照的に、同時代の価値と一致しない制定法に対しては裁判所が覆しても議会との衝突は起きないし、このような最高裁の決定が議会の観点から外されたものであるとしても、それは部門の正当性の問題をもたらすというよりむしろそれによって整序する機会が与えられるので憲法と制定法の解釈で分岐が起きると言っている。Id. at 42-45.

<sup>321</sup> Hard Look審査の根拠をSunstein教授は委任禁止法理に、Shapiro教授は権力分立に見い出している。Cass R. Sunstein, Interest Groups in American Public Law, 38 Stan. L. Rev. 29 (1985) at 60-61. Sidney A. Shapiro & Richard Levy, Heightened Scrutiny of the Fourth Branch: Separation of Powers and the Requirement of Adequate Reasons for Agency Decisions, 1987 Duke L.J. 387 (1987) at 421-422.

<sup>322</sup> Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>323</sup> Glen Staszewski, Constitutional Dialogue in a Republic of Statutes, 2010 Mich.St.L.Rev.837 (2010) at 857-867.

このような主張を展開するために、まず、Bressman教授はMead判決による解釈実務における不合理を指摘し、Mead判決に潜在する含意を認識して拡張することを促している。まず、Mead判決の方式が工夫されたにも関わらず、解釈過程には変化がないことを指摘している。Meadテスト(Chevron「0」段階)を経てその形式性が認められても、次のChevron「1」段階における議会の意図の明確性判定は伝統的な解釈方法へ立ち戻って、法律の文言・構造を中心にする判断代替方式によって行われ、ここで不明確であると判断されればChevron「2」段階に移り、当該解釈が法目的に適合しているのか、法律解釈の変更に理由等はあるのかに対する合理性審査が行われる。Chevron謙譲の注目度の割に実務におけるその適用頻度が低いことから分かるように<sup>324</sup>、せっかくMeadテストをクリアしても伝統的な解釈方法へ戻ることになり、裁判所に制定法の意味に関する問題に答えさせている。結果として裁判所は議会が意図していたことよりも頻繁に制定法の具体的な意味を発見している。Bressman教授は既存の議論からもう一步進んで、ここでの裁判所による意味探索は不要であって、手続は意味探索を容易にするものではなく、その代替に助力するためのものであると主張している<sup>325</sup>。

このような考え方も行政機関に権限を委任する制定法はそうではない制定法と異なっていることを前提に置いている。議会は行政機関に制定法を執行する権限だけを委任するわけではなく、黙示的にそれを解釈する、つまり、具体化する権限も一緒に委任するが、Chevron判決は規制制定法と一般制定法とのこのような本質的な違いを認識したものであり、そのような、議会が関連する解釈権限を関係行政機関に委任しているかを判断するアプローチが求められるとしている<sup>326</sup>。Bressman教授によると、規制目的の制定法(regulation statutes)は行政機関に権限を委任する目的でよく解釈権限を含めて設計される。議会は立法資源を節約して行政機関の専門知識を活用するためであれ、論争を呼ぶ問題を回避し、世論を獲得するためであれ、行政機関の行為が立法府の意図から甚だしく離れないことを保障するためにその権限を委任する<sup>327</sup>。このような仕組みは(例えば、告知及び意見聴取手続を通じて)行政過程に有権者らを参加させて行政行為に対する立法統制を可能にする手続的要件を加える規制法の構造を通じてその目的を達成させる<sup>328</sup>。そして、裁判所は制定法の意味を具体化する責任がある行政機関に議会の委任があったという証拠として、十分に正式化された手続を委任の確定的な暗示として見なすべきであるとしている<sup>329</sup>。Mead判決で確認された法理はここでやっと立法府の監督と繋がる余地が生じる。本稿で今まで見て来たような行政手続を強化しようとする最高裁の事例は、議会が行政機関の行為を指導し制約する「明確性原則」の提供を求める委任禁止法理と一緒に試行されていると理解できるが、議会が減多に明確性を満たさないにも関わらず、行政手続は議会を行政行為に対する過程における監督行為に関与させることができる。

最高裁がMead判決で大統領の責任性よりも手続の形式性を選んだ理由は、行政機関の行為に対する情報へのアクセス性にあり、これは委任に不可避免的に伴う問題である「本人-代理人」現象(Principle-agent problem)を解決させる<sup>330</sup>。委任は隠された行動が問題になる非対称的情報の状況で生じる本人-代理人問題を必然的にもたらすが、行政機関はその決定が最終的なものになる前にその情報へのアクセスを提供しなければならず、したがって、情報の非対称・不均衡を克服する際に手続は重要な役割を務める<sup>331</sup>。この時、この過程で議

<sup>324</sup> Chevron判決の合理性審査謙譲: 謙譲ケース全体の8.3%、行政機関の勝訴率 76.2%。詳細は註216参照。

<sup>325</sup> Lisa Schultz Bressman, *Chevron's Mistake*, at 563-566.

<sup>326</sup> *Id.* at 550-551.

<sup>327</sup> David Epstein & Sharyn O'Halloran, *The Nondelegation Doctrine and the Separation of Powers: A Political Science Approach*, 20 *Cardozo L.Rev.*947 (1998) at 950, 967.

<sup>328</sup> Lisa Schultz Bressman, *Chevron's Mistake*, at 553.

<sup>329</sup> *Id.* at 554.

<sup>330</sup> Lisa Schultz Bressman, *Procedures as Politics*, at 1791.

<sup>331</sup> *Id.* at 1792-1793. 本人-代理人の問題は、結局のところ、インセンティブの問題に帰結するが、この場合は、例えば、告知及び意見聴取手続を通して一定の形式性が満足されたときには司法府より解釈謙譲が

会の介入の余地として火災警報型監督モデル(fire alarm oversight)が提案される<sup>332</sup>。Mead判決は議会が行政機関に法的効力のある解釈を発する時に、特定の行政手続を使用する権限を与えることを意味し、Chevron謙譲を受けるためには必ず議会が火災警報型監督をするに十分な情報を与えるべきであることを意味する。裁判所は議会による手続の付与がないと解釈権限を委任しなかったと見なして、議会が改めて統制するようにする忠実なエージェントとしての役割を務める。同じ理由で手続の正式性が行政機関の行為が合理的で公正であることを保障する傾向があるので、法の支配の価値を強化する<sup>333</sup>。解釈権限委任の証を見つけてもその権限の範囲を超えている場合には議会に差し戻す。このような立法府の活用は議会優位性および法の支配の価値の向上、さらにより多くの指針とより少ない制度コストをもたらす<sup>334</sup>。ただし、Mead判決は手続と法の支配の価値をリンクさせたが、立法府のモニタリングまではリンクさせられなかった。Mead判決は委任意図に関わる手続を築いたとされているが、裁判所が必ず手続を解釈権限委任の立法的条件として認識すべきであるとはしていない<sup>335</sup>。

委任・尊重理論の支持者らは特定の理由と特定の条件の下で議会が行政機関に制定法よりも正確な意味を与える作業を委任することが出来るということを現に受け止めて、解釈権限委任の指示を考慮することを裁判所に求めているが、極度の司法謙譲や司法判断放棄を求めているわけではない。このような委任の規範的役割は重要であるが、解釈が単なる執行行為になってしまうと、その恣意性統制の正当化のリンクが弱くなってしまうからである。立法権委任との関係を確認することで、司法府の統制権限が依然として存在していることを明らかにして、司法謙譲の範囲を設定し、司法審査の放棄を許さないことで議会が重要な機能を何ら制限もなく手放すことを防ぐことが出来る。

このように、委任尊重理論は公正性や熟議のような抽象的な法の支配の価値のみならず、立法的監督を容易にする一定の形式性を備えた手続に焦点を合わせる。これは必ずしも告知及び意見聴取制度のみを意味しているわけではなく、公正性と熟議が達成できる手続であるか、有権者に予め行政解釈に対する情報へのアクセスを許すものであればよいとされている。

---

もらえる可能性が高くなるというインセンティブが考えられる。

<sup>332</sup> 違法な行政活動を監督するために私人や各種の利益団体の行政監視作用を促すシステムを整備し、違反発見者が行政機関・裁判所・議会より救済を事前に得られる制度のことをいう。警官巡回型監督モデル(Patrol oversight)とともに議会の規則審査制度である。これの紹介として、筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(2)」自治研究886(9) (2010.9) 92-93頁。

<sup>333</sup> Lisa Schultz Bressman, *Chevron's Mistake*, at 556.

<sup>334</sup> Id. at 557, 604. その監督コストを議会からさらに有権者へ押し付けるからである。Id. at 570.

<sup>335</sup> Id. at 603.

## V. 終わりに

本稿は法の支配を保つために行政立法に対する司法府の統制機能を強化しなければならないとか、司法府は行政の専門性と責任性により謙譲すべきであるというような結論を出すことを目指しているわけではない。今まで検討して来た通り、アメリカ行政法の発展自体が様々な社会的・政治的变化に影響を受ける一方で、司法府と行政府の力関係の重心も常に変動してきており、そもそも各国の置かれている状況に応じてその重心は今後も変動し続けるはずであるからである。各々の社会はどれくらい行政の専門性と責任性が信頼できるだろうか。各国の司法府はいかに公正性と公平性を保障できるか。そもそも立法府は真なる民意を反映することのできるシステムになっているのか。このような質問が問われないで各部門の関係は判断できない。本稿はむしろ、その判断をするために私たちの法体系において委任禁止法理という法原理がどう位置付けられて、社会とはどう影響し合えるかを模索するための作業であった。

委任の形而上学性、レトリック性、それから歴史の層を剥ぎ取って、不適切で、不要で或は些細なものを捨てれば、残るのはただのメタファーであるしかなく、このような「委任メタファー」は放棄しなければならないという主張<sup>336</sup>は、委任の多義性が結局概念的真空に至ることを示唆している。では、「立法権委任禁止法理」は何ら役割も果たせない虚構の概念であろうか。本稿はそうではないと結論付ける。委任禁止法理は法の支配のイミテーションとして行政法では色々と姿・形を変えて、依然としてその役割を遂行している。時には代議民主主義を通じてその形式性に対して問題が提起され、その正当性が弱くなる場合もあるが、多数による暴政に対して法制度的価値を実現するための根拠として依然として機能しているのである。無論、そのためには熟議と公正が手続的に保障されなければならないというのがその前提であることは言うまでもない。

本稿は結局のところ、司法府と行政府とのバランスは行政の透明性、市民の参加、それからそれらが手続化されることによって保障されうるといごく平凡な、当たり前の結論に至っているが、その結論に至るまでの過程そのものは多くの示唆を与えるものであったように思われる。最後にその点を略しておく。

1. 委任禁止法理の意義は、議会の本質的な権限の放棄の防止と行政の恣意性の統制にあり、行政は社会的・政治的变化によりながら、その制約からの自由を求めて責任性・専門性を主張して来たことにある。制約と自由の間に存在するものが法であり、自由は規則、制限、自制無しには得られないものであることを、委任禁止法理を通じて再確認する作業ができたと思われる。

2. 司法帝国主義であると言われていた時代の司法の形式性とドグマチズムから逃れるための企てであった制度的転回論は、その社会共同体が望んでいる公益とはそもそも何なのかによって、産業規制や環境親和的な形で現れることもあれば、逆に産業規制緩和や環境開発のような形で現れることもある。現代の規制国家における議会の制定法から行政立法へのシフトが司法府の役割の消滅や退化を意味するものではなく、裁判所が議会の制定法であれ、行政立法であれ法を解釈する権限を持っている限り、その制定主体が誰であろうと、それに影響力が行使できるということこそ司法の価値であるという見解は、制度的転回論からも説得力があると思われる。効率性や目的指向的な制度適性の評価は法システムが持つ価値の評価とともに行われるべきであり、どのような場合であれ、その社会の熟議の質と市民意識の成熟度に左右されると思われる。

3. 法の解釈として、要件を規定する不確定概念の解釈の場合、仮に、要件裁量を認めることを前提に、要件における不確定概念の解釈にも行政庁の政策的判断の下で専門技術的な判断が含まれうることを認めれば、解釈基準と裁量基準の区別は相対的なものになり、

---

<sup>336</sup> Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. Chi. L. Rev. 1721 (2002).

法の解釈と(要件)裁量の区別ははっきりしていない<sup>337</sup>とすると、アメリカでの不明確な言葉の解釈をめぐって行われている解釈議論はある程度参考になると思われる。

4. 日本にも行政手続法に審査基準と処分基準に関する規定があり、それが解釈基準であれば裁判官は行政庁の判断に代置することができるし、裁量基準であれば踰越・濫用の審査ができるにとどまるとすると<sup>338</sup>その裁判規範性の問題はさて置き、アメリカにおける委任禁止法理による行政の恣意の統制という機能は、その専門性・責任性とそれに対する謙讓の間に生じる摩擦を和らげるためには行政立法過程に手続を適切に差し挟むことで司法府には審査の容易を、行政側には意思決定の尊重を保障するという考え方は、デュー・プロセス中心のアメリカならでの発想であるし、参考になると思われる<sup>339</sup>。

5. 各部門の適性を考慮し、解釈対象の性質を細分化したり、差戻し制度を適切に利用したりすると、より望ましい役割分担と結果が期待できると思われる。このような解釈方法を実際に私たちはどのように利用できるのか、さらに、アメリカにおける差戻しプロセスの中で裁判所と行政機関がいかなるコミュニケーション作用を共有しているのか、等についての実証的な考察は日本の実務にも示唆することがあると思われるが、今後の課題にせざるを得ない。

---

<sup>337</sup> 芝池義一「行政手続法」の検討(行政手続の諸問題<特集>) 公法研究56号(1994) 165頁。

<sup>338</sup> 山岸敬子『行政権の法解釈と司法統制』(勁草書房、1994) 63頁。

<sup>339</sup> [行政立法の司法審査論]は従来行政行為の裁量審査の議論に取り込まれがちであり、抗告訴訟、当事者訴訟(確認訴訟)のいずれの経路による場合でも行政立法が司法審査の俎上にのる機会が増加するとすれば、それだけ行政立法の適法性の判断の機会も増加するという指摘(野口貴公美「行政立法-[裁判規範性に関する一考察]」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』(有斐閣、2008) 46頁以下。)からもアメリカでの議論が示唆するところがあると思われる。